



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)

Convocante: COSMITET LTDA Y OTROS

Convocado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Temas: RECURSO DE ANULACIÓN – Competencia para conocer del presente recurso de anulación. RECURSO DE ANULACIÓN -características generales y naturaleza / CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO – Interpretación restrictiva – Referentes únicamente a errores *in procedendo* – Margen de competencia del juez del recurso / REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD DE LAS CAUSALES DE ANULACIÓN – Su previsión legal no es contraria a la Constitución Política ni a los derechos humanos- Su inobservancia releva al juez del recurso, de pronunciarse sobre los cargos respectivos / FALLO EN CONCIENCIA – No se configura por valoración de prueba aducida como ilegal / FALLO EXTRA PETITA – No tuvo ocurrencia en el caso analizado.

Procede la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo a resolver, por importancia jurídica, el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo de fecha 30 de abril de 2020 –cuya corrección fue denegada el 12 de mayo del mismo año-, proferido por el Tribunal Arbitral constituido para resolver las diferencias surgidas entre los miembros de la Unión Temporal Magisalud 2 – parte convocante- y la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag–, y en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.



SÍNTESIS DEL CASO

Entre la sociedad Fiduprevisora S.A. -como administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -Fomag- y la unión temporal Magisalud 2 se celebró el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-111-2012.

El 28 de enero de 2018, la unión temporal contratista interpuso demanda arbitral contra Fiduprevisora S.A., por considerar que esa entidad había incumplido varios componentes del contrato, ocasionándole a la convocante supuestos perjuicios patrimoniales, estimados en \$226.640'901.499.

El proceso arbitral fue surtido sin que las partes cuestionaran la validez de la actuación ni la competencia del tribunal de arbitramento. El laudo fue proferido en audiencia celebrada los días 28 y 30 de abril de 2020, y en él se acogieron parcialmente las pretensiones de la demanda, lo que implicó la imposición de varias condenas pecuniarias a Fiduprevisora S.A.

La entidad estatal convocada interpuso contra el indicado laudo el recurso extraordinario de anulación que hoy se somete al análisis de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. El proceso arbitral

1.1. El pacto arbitral

El 2 de agosto de 2012, la sociedad Fiduciaria La Previsora –Fiduprevisora S.A.- como administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante, Fomag), celebró con la unión temporal Magisalud 2 el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-111-2012, cuyo objeto consistió en garantizar la *“prestación de los servicios de salud para los afiliados al Fondo (...) y sus beneficiarios, zonificados en la Región (...) integrada por los departamentos de Huila, Caquetá, Putumayo, Valle del Cauca, Cauca y Nariño”*. En lo relativo a la solución de controversias, las partes pactaron en la cláusula vigésima tercera, lo siguiente¹:

¹ Carpeta magnética “Pruebas”, archivo “01.15569”, p-215.



Solución de controversias. Las partes convienen que en el evento en que surja alguna diferencia entre las mismas por razón o con ocasión del presente contrato, buscarán, en primer término, una solución directa mediante la conciliación, la amigable composición o la transacción, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la notificación que cualquiera de las partes envíe a la otra.

Si en dicho término no fuere posible un arreglo, las partes convienen que las diferencias que surjan entre ellas, con relación a la celebración, ejecución, terminación y liquidación de este contrato, serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento. El tribunal se sujetará a lo dispuesto en la legislación vigente, será de carácter legal y emitirá su laudo en derecho (...).

1.2. La demanda

Mediante escrito del 28 de enero de 2018, la unión temporal Magisalud 2, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda arbitral de carácter contractual contra el Fomag, administrado y representado por la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. La demanda fue reformada el 20 de noviembre de 2018, en las pretensiones, que quedaron formuladas en los siguientes términos:

PRIMER GRUPO DE PRETENSIONES, RESPECTO DE BASES DE DATOS

PRIMERA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. de la obligación establecida en la cláusula quinta del contrato para la prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-011-2012 (...), por cuanto no envió dentro del plazo contractualmente establecido las bases de datos en la que se estarían reportando las cápitas que según la Fiduprevisora serían válidas.

SEGUNDA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. respecto de la obligación establecida en la cláusula quinta del contrato (...), por cuanto solo se dieron entregas de novedades desde la plataforma HEON y no de bases de datos.

TERCERA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. de la obligación establecida en la cláusula quinta del contrato (...), por cuanto no envió la[s] bases de datos en la[s] que se estarían reportando las glosas que según la Fiduprevisora serían válidas.

CUARTA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. de la obligación establecida en la cláusula quinta del contrato (...), por cuanto la unión temporal Magisalud 2 solo tuvo acceso a las bases de datos correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014 en abril de 2016.

QUINTA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. de la obligación establecida en la cláusula quinta del contrato (...), por cuanto la unión temporal Magisalud 2 solo tuvo acceso a las bases de datos correspondientes a los años 2015 y 2016, tres meses después de cada corte.

SEXTA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. de la obligación establecida en el numeral 4 de la cláusula quinta del contrato (...), acerca de la obligación de entrega de las bases de datos a la firma del contrato, durante la ejecución y hacer (sic) novedades.



SÉPTIMA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación establecida en el numeral 4 de la cláusula quinta del contrato (...), por concepto de la entrega de las bases de datos a la firma del contrato, durante la ejecución y hacer novedades, en el monto y alcance que se declare probado en el curso del presente trámite arbitral.

SEGUNDO GRUPO DE PRETENSIONES, RESPECTO DE LAS FACTURAS QUE NO HAN SIDO PAGADAS POR PARTE DE LA FIDUPREVISORA:

OCTAVA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. en cuanto a las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), por el no pago de las facturas presentadas oportunamente (...) por concepto de alto costo.

NOVENA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), por el no pago de las facturas presentadas oportunamente (...), y que a la fecha no han sido pagadas por concepto de promoción y prevención, los cuales ascienden a la suma de cinco mil ochocientos noventa y cuatro millones ciento ochenta y seis mil novecientos once pesos m/cte (\$5.894'186.911) o lo que resulte probado en el proceso.

DÉCIMA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. en cuanto a las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), por el no pago de las facturas presentadas oportunamente por la unión temporal Magisalud 2, por concepto de salud ocupacional.

DÉCIMA PRIMERA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...) por el no pago de las facturas presentadas (...) por concepto de salud ocupacional, los cuales ascienden a la suma de seis mil ciento trece millones ochocientos noventa y nueve mil setenta y nueve pesos m/cte (\$6.113'899.079) o lo que resulte probado en el proceso.

DÉCIMA SEGUNDA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. en cuanto a las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), por el no pago de las facturas presentadas oportunamente (...) por concepto de recobro.

DÉCIMA TERCERA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...) por el no pago de las facturas presentadas (...) por concepto de recobro, los cuales ascienden a la suma de seis mil setecientos treinta y ocho millones cuatrocientos cincuenta y ocho mil novecientos diez pesos m/cte (\$6.738'458.910) o lo que resultare probado en el proceso.

TERCER GRUPO DE PRETENSIONES, RESPECTO DEL PAGO TARDÍO DE FACTURAS:

DÉCIMA CUARTA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. en cuanto a su obligación establecida en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), acerca del pago oportuno de las facturas presentadas por la unión temporal Magisalud 2 por concepto de capitación.



DÉCIMA QUINTA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...) por concepto de capitación, los cuales ascienden a la suma de siete mil doscientos cuarenta y dos millones quinientos treinta y tres mil quinientos cincuenta pesos (\$7.242'533.550) o lo que resulte probado en el proceso.

DÉCIMA SEXTA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. en cuanto a su obligación establecida en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la unión temporal Magisalud 2 por concepto de alto costo.

DÉCIMA SÉPTIMA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...) por concepto de alto costo, los cuales ascienden a la suma de cincuenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro millones cuatrocientos noventa y cinco mil un peso m/cre (\$59'874.495.001) o lo que resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.

DÉCIMA OCTAVA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la unión temporal Magisalud 2 por concepto de promoción y prevención.

DÉCIMA NOVENA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...) por concepto de promoción y prevención, los cuales ascienden a la suma de tres mil doscientos dos millones ochocientos cincuenta y cuatro mil veinticinco pesos m/cte (\$3.202'854.025) o lo que resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.

VIGÉSIMA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la unión temporal Magisalud 2 por concepto de salud ocupacional.

VIGÉSIMA PRIMERA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...) por concepto de salud ocupacional, los cuales ascienden a la suma de tres mil ciento sesenta millones trescientos cincuenta y nueve mil trescientos cincuenta y ocho pesos m/cte (\$3.160'359.358) o lo que resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Declarar el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...), por el no pago oportuno de las facturas presentadas por la unión temporal Magisalud 2 por concepto de recobro.

VIGÉSIMA TERCERA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas cuarta y octava del contrato (...) por concepto de recobro, los cuales ascienden a la suma de seis mil ciento cuarenta y cinco millones seiscientos ochenta mil ochenta y cinco pesos m/cte (\$6.145'680.085) o lo que



resulte probado en el proceso. Esta suma deberá ser liquidada hasta la fecha en que se emita el laudo condenatorio.

VIGÉSIMA CUARTA: Declarar que los valores establecidos en los anteriores numerales deben ser actualizados hasta la fecha de su pago efectivo.

CUARTO GRUPO DE PRETENSIONES, RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LA UPC:

VIGÉSIMA QUINTA: Declarar que el aumento de la UPC correspondiente para los años 2014, 2015, 2016 y 2017, es el definido por el Ministerio de Salud, a través de las resoluciones 5522 de 2013, 5925 de 23 de diciembre de 2014, 5593 de 2015 y 6411 de 2016.

VIGÉSIMA SEXTA: Declarar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. incumplió el numeral 3 de la cláusula 5 y las cláusulas 7 y 8 del contrato (...), por el hecho de no ajustar anualmente la UPC conforme el aumento fijado por el Ministerio de Salud (...).

VIGÉSIMA SÉPTIMA: Declarar que, como consecuencia de la diferencia en los valores de la liquidación, el Fondo incumplió con la obligación de pago contenida en la cláusula 8 del contrato (forma de pago).

VIGÉSIMA OCTAVA: Ordenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., liquidar nuevamente la UPC para los años 2014, 2016 y 2017, de acuerdo con los incrementos fijados por el Ministerio de Salud.

VIGÉSIMA NOVENA: Declarar que existió una diferencia entre lo debido y lo efectivamente pagado por el Fondo a la unión temporal Magisalud 2 por la indebida actualización de la UPC para los años 2014, 2016 y 2017.

TRIGÉSIMA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por concepto de la indebida liquidación y pago de la UPC, los cuales ascienden a la suma de catorce mil novecientos treinta y seis [millones] quinientos sesenta mil ciento noventa pesos con ochenta y un centavos m/cte (\$14.936'560.190,81) o lo que resulte probado en el proceso.

QUINTO GRUPO DE PRETENSIONES, RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LAS GLOSAS

TRIGÉSIMA PRIMERA: Declarar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., incumplió el contrato por el hecho de no dar aplicación al Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas, proferido por el Ministerio de Salud en el Anexo Técnico N° 6 de la Resolución 3047 de 2008 (...).

TRIGÉSIMA SEGUNDA: Declarar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., por el hecho de no aplicar el Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas, ha dejado de reconocer los servicios de salud debidamente prestados por la unión temporal Magisalud 2.

TRIGÉSIMA TERCERA: Declarar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., carece de competencia temporal para aplicar glosas una [vez] vencido el término dentro del cual debió haber aplicado el Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas.

TRIGÉSIMA CUARTA: Declarar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., debe reconocer a Magisalud 2 el valor total de las facturas presentadas de conformidad con lo establecido en el Decreto 624 de 1989, aplicable por



remisión expresa que hace el Decreto 4747 de 2007, ambas normas señaladas en el contrato (...).

TRIGÉSIMA QUINTA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A. al pago de los perjuicios causados por concepto de la indebida aplicación de las glosas por cuenta de su extemporaneidad o falta de fundamento (...), valor que puede ascender a la suma de veinte mil quinientos noventa y ocho millones cuatrocientos mil ochocientos doce pesos m/cte (\$20.598'400.812) o lo que resulte probado en el proceso.

TRIGÉSIMA SEXTA: Declarar que como consecuencia de la indebida aplicación de las glosas, se generó un retardo o mora en el pago de las obligaciones establecidas en el contrato y contenidas en las facturas de cobro que fueron objeto de glosas extemporáneas o infundadas, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., deberá reconocer y pagar a favor de la unión temporal Magisalud 2 el valor de los intereses moratorios a la tasa establecida para los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN (...).

SEXTO GRUPO DE PRETENSIONES, RESPECTO DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LA TOTALIDAD DE USUARIOS AFILIADOS Y CUBIERTOS POR LA UNIÓN TEMPORAL MAGISALUD 2:

TRIGÉSIMA SÉPTIMA: Declarar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., incumplió el contrato por el hecho de no reconocer la totalidad de los usuarios afiliados y cubiertos por la unión temporal Magisalud, conforme al archivo de beneficiarios reportados periódicamente (...) a la Fiduprevisora (MERES – Maestro de Excepción Según Resolución).

TRIGÉSIMA OCTAVA: Declarar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., por el hecho de no reconocer la totalidad de los usuarios afiliados y cubiertos (...), ha dejado de reconocer los servicios de salud debidamente prestados por la unión temporal Magisalud 2.

TRIGÉSIMA NOVENA: Se condene al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., al pago de los perjuicios por cuenta del no reconocimiento de la totalidad de los usuarios afiliados y cubiertos por la unión temporal (...), valor que puede ascender a la suma de doce mil ciento cuarenta y tres millones quinientos treinta y un mil ochocientos cinco pesos m/cte (\$12.143'531.805) o lo que resulte probado en el proceso.

Como fundamento de la demanda, la convocante expuso, en síntesis, que el 2 de agosto de 2012, la sociedad Fiduprevisora S.A., como administradora de los recursos del Fomag, celebró con la unión temporal Magisalud 2 el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales 12076-011-2012, para un período de cuatro años, por un valor que fue tasado en \$609.000'000.000.

Sobre el contrato se suscribieron, además, varios otrosíes, con el fin de prorrogar el término de su ejecución y adicionar su valor.

De acuerdo con el pliego de condiciones y las cláusulas pactadas, ambas partes debían cumplir obligaciones referentes a la guarda, administración y alimentación



de las base de datos de los usuarios; obligaciones que eran compartidas y correlativas, orientadas a que la información contenida en tales bases fuera coincidente y consistente. En particular, de conformidad con la cláusula quinta del contrato, Fiduprevisora S.A. debía remitirle a la contratista la base de datos de los afiliados, tanto a la firma del contrato como durante su ejecución, y hacer el reporte de novedades. A su vez, la unión temporal debía remitirle a la entidad contratante los informes sobre la prestación de los servicios de salud, consolidados en los *Registros Individuales de Prestación de Servicios de Salud –RIPS-* y los *Formatos Individuales de Atención en Salud –FIAS-*, los cinco primeros días de cada mes.

Según la demanda, Fiduprevisora S.A. no cumplió con la primera entrega de las bases de datos a la firma del contrato y solo en abril de 2016, remitió las correspondientes a los años 2012 al 2014. Por su parte, las que correspondieron a los años 2015, 2016 y 2017 llegaron durante esas vigencias, pero dos o tres meses después de cada corte.

Afirmó la demandante que, en marzo de 2016, la entidad requirió a la contratista para que tramitara la solicitud de paz y salvo por ajuste cápita UPCM para el período transcurrido entre mayo de 2012 y febrero de 2013, pero le fue imposible a la unión temporal cumplir con tal cometido, por no contar con las bases de datos correspondientes a ese lapso. De igual manera, se presentaron contingencias en el recobro de servicios prestados por acción de tutela y múltiples inconsistencias, debido a los incumplimientos de la contratante con las bases de datos. Tales circunstancias afectaron la situación de cartera y los pagos oportunos y completos del contrato, y obligaron a la contratista a solicitarle a Fiduprevisora S.A., en varias oportunidades, el levantamiento de glosas, la conciliación de las capitaciones con las bases de datos e informes detallados de la población multifiliada, entre otros aspectos.

En cuanto a la aplicación de la Unidad de Pago por Capitación UPC, sostuvo que el 9 de febrero de 2016, le solicitó a Fiduprevisora S.A. información sobre la ecuación aritmética utilizada para incrementar la UPC de 2014 únicamente en un 2,0%, pese a que el Ministerio de Salud había señalado un porcentaje de incremento del 4,40%. De igual manera, el 21 de octubre de 2016, la contratista dirigió una nueva petición a Fiduprevisora S.A., a efectos de que se le reconociera el 9,45% como incremento de la UPCM para esa anualidad, y se le informara por qué se habían desconocido los parámetros fijados al respecto por el Ministerio del ramo en la Resolución 5593 de 2015. En peticiones posteriores, solicitó aclaración sobre tales incongruencias y el reintegro de las sumas indebidamente retenidas por la entidad contratante. La contratista solicitó igualmente la reliquidación de UPCM de 2017, pidió que se



dejaran de aplicar descuentos carentes de soporte legal, y le señaló a la entidad contratante que los daños y perjuicios ocasionados por la indebida retención de los dineros adeudados ascendían a los \$3.003'725.544.

Relató que la respuesta de Fiduprevisora S.A. fue dada en el sentido de que la diferencia de UPCM para los años 2014 y 2016 obedecía al incremento porcentual de esa unidad, correspondiente a la actualización del POS, y que la ecuación aplicada había sido definida por el Consejo Directivo, de acuerdo con instrucciones del Ministerio de Salud.

Por otro lado, manifestó que durante la ejecución del contrato, Fiduprevisora S.A. les aplicó a las cuentas de la unión temporal unas glosas que no se ajustaban a las directrices impartidas en el Decreto 4747 de 2007 y en la Resolución 3047 de 2008, que definieron los formatos, procedimientos y términos que debían observarse por los prestadores del servicio de salud y entidades responsables de su pago; especialmente el Anexo Técnico N° 6, contentivo del Manual Único de Glosas, Devoluciones y Respuestas.

Tales inobservancias de la entidad contratante afectaron el pago correcto de los servicios prestados por la unión temporal, especialmente, los de alto costo. En 2017, la cartera llegó a registrar la cifra de \$62.518'226.503, mientras que los pagos programados por alto costo, incumplidos, ajustaban un total de \$6.471'394.168.

1.3. Defensa de la convocada

-. El 10 de mayo de 2018, el tribunal admitió la demanda arbitral, decisión que no fue objeto de recurso alguno². Asimismo, el 20 de noviembre de 2018 fue admitida la reforma de la demanda principal, en providencia que tampoco fue impugnada por ninguna de las partes³.

En la contestación de la demanda reformada⁴, Fiduprevisora S.A., como administradora del patrimonio del Fomag, se opuso a las pretensiones de la convocante, aceptó como ciertos algunos hechos de la demanda -aunque con algunas precisiones- y desestimó otros.

Propuso la excepción de “*contrato no cumplido*”, y argumentó que la unión temporal no presentó correctamente los soportes de la facturación, lo cual eximía a

² Carpeta magnética “Principales”, archivo “15569 Principales N° 2 Folio 310-669”, pp 68-69.

³ Ibídem, p-343.

⁴ Carpeta magnética “Principales”, archivo “15569 Principal N° 3 Folio 670-1303”, pp 1-110.



Fiduprevisora S.A. de la obligación de pagar las facturas indebidamente soportadas.

De igual manera formuló la excepción de “*compensación*”, que sustentó señalando que la entidad adelantaba mesas de trabajo para determinar la existencia de obligaciones cruzadas entre las partes, y que, toda vez que el dictamen pericial determinaría la existencia de saldos a cargo de la convocante, era previsible el reconocimiento de valores a favor de Fiduprevisora S.A. y a cargo de la UT Magisalud 2.

Adicionalmente, propuso las excepciones que denominó: “*contrato no cumplido*”, “*purga de eventuales incumplimientos por la suscripción de otros íes sucesivos al contrato sin salvedades*”, “*incumplimiento del contratista, de actualizar la base de datos de usuarios y remitirla a la contratante*”, “*ausencia de pruebas para demostrar la existencia del supuesto perjuicio*”, “*la debida aplicación y correcta aplicación del incremento al valor de la UPC que se le aplica a la UPCM*”, “*violación del contratista a los principios de buena fe y lealtad, en ejecución del contrato*”, “*incumplimiento de la carga de la prueba para el cobro de supuestos perjuicios por el contratista*”, “*prescripción de la acción de las facturas (sic) sobre las que se alega diferencia entre lo debido y lo pagado*” e “*indebida liquidación de intereses por mora del contratista*”.

-. Por otro lado, la sociedad Fiduprevisora S.A. interpuso demanda de reconvención contra la unión temporal Magisalud 2, la que fue reformada también el 20 de noviembre de 2008. Sin embargo, la convocada desistió posteriormente de dicha reconvención, acto que fue aceptado por el tribunal, el 4 de febrero de 2019⁵.

1.4. Trámite arbitral

-. El 27 de febrero de 2019 se adelantó la primera audiencia de trámite⁶, en la cual el tribunal se declaró competente para “*conocer y decidir en derecho*” el litigio presentado por las partes. La decisión fue notificada en la misma audiencia y no fue objeto de recurso alguno.

-. En audiencia del 18 de marzo de 2019 se decretaron las pruebas solicitadas por los contendientes, entre estas, la prueba pericial aportada por la parte convocante y practicada por la sociedad Legal Métrica S.A.S. En torno a este dictamen, el colegio arbitral negó el decreto de la inspección judicial solicitada por la convocante

⁵ Carpeta magnética “Principales”, archivo “15569 Principal N° 3 Folio 670-1303”, pp 295-296.

⁶ Ibídem, pp. 318-320.



y dispuso en su lugar, la exhibición de los documentos indicados por la misma unión temporal.

En tal virtud, dispuso:

Se decreta la práctica de una exhibición de documentos por parte de Fiduciaria La Previsora S.A. a fin de que exhiba y aporte al proceso la documentación indicada en (...) la contestación de la reforma de la demanda, con participación del perito Legal Métrica S.A.S. (...).

Una vez practicada la exhibición de documentos, el perito Legal Métrica S.A.S. dispondrá de diez (10) días hábiles para actualizar el dictamen pericial de parte, presentado por la convocante.

En la misma audiencia, se decretó el dictamen pericial anunciado por Fiduprevisora S.A., con el fin de contradecir el dictamen de Legal Métrica S.A.S., por lo que se le otorgó a la convocada un plazo de 40 días para presentar la indicada prueba técnica.

Aunque Fiduprevisora S.A., como entidad convocada, interpuso recurso de reposición contra el auto de pruebas, no centró su inconformidad en la exhibición de documentos que le impuso el tribunal, con la participación de la firma Legal Métrica S.A.S., ni sobre la actualización del dictamen pericial rendido por esa empresa⁷.

-. En audiencia del 17 de abril de 2020, las partes presentaron sus alegatos de conclusión. Así, la UT Magisalud 2 reiteró los hechos de la demanda y refirió el contenido de algunas de las pruebas del proceso, en tanto que Fiduprevisora S.A. expuso sus conclusiones sobre cada grupo de pretensiones de la demanda, frente a los cuales propuso nuevas “*excepciones de mérito*”, que fueron analizadas y resueltas en el laudo arbitral⁸.

2. El laudo impugnado

2.1. En audiencia iniciada el 28 de abril de 2020 y culminada el 30 de abril siguiente, el tribunal de arbitramento profirió el respectivo laudo, en el cual declaró la prosperidad de las excepciones denominadas “*ausencia de pruebas para demostrar la existencia del supuesto perjuicio*”, “*la debida aplicación y correcta aplicación del incremento al valor de la UPC que se le aplica a la UPCM*”, “*ausencia de derecho para el reconocimiento de perjuicios de usuarios contenidos en la base denominada MERES*” (propuesta en los alegatos de conclusión), “*ejecución del*

⁷ Carpeta magnética “Principales”, archivo “15569 Principal N° 3 Folio 670-1303”, p. 364.

⁸ Carpeta magnética “MM Principal”, sub-carpeta “25. 15569 DVD Principal N° 7 Alegatos folio 3486”, archivo “Alegatos UT Magisalud definitivo” y sub-carpeta “265569 DVE Principal N° 7 Alegatos de conclusión folio 3489”, archivo “Alegatos de conclusión UT Magisalud 2” (presentados por Fiduprevisora S.A.).



contrato y los actos de disposición de las partes que resolvieron sus diferencias” (formulada en los alegatos de conclusión – prosperidad parcial), *“ausencia de diligencia en la prueba para [el levantamiento de glosas] por decisión judicial”* (propuesta en los alegatos de conclusión – prosperidad parcial) e *“indebida liquidación de intereses por mora del contratista”*.

- . Igualmente, fueron denegadas varias pretensiones de la demanda, entre estas la pretensión séptima, respecto de la cual el tribunal concluyó, entre otras cosas, que la solicitud económica contenida en ella no satisfacía los requisitos previstos en el artículo 206 del CGP, referentes al juramento estimatorio, en particular porque no estaba acreditada la ocurrencia concreta del perjuicio, no podía fundarse su prueba en el dictamen pericial aportado al proceso ni era procedente solicitar su reconocimiento en el monto *“que resulte probado en el proceso”*, puesto que ello infringía la aludida norma.

- . En cuanto al *petitum* que fue acogido en el laudo, el tribunal accedió a las pretensiones primera, tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda reformada; adicionalmente, decidió:

Décimo: ACCEDER A LA PRETENSIÓN OCTAVA, declarando el incumplimiento del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., de las obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato (...), por el no pago (...) de las facturas de alto costo.

En los mismos términos, es decir, declarando el incumplimiento de Fiduprevisora S.A. respecto *“de las obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato”*, el panel arbitral acogió las pretensiones novena a vigésima tercera, y con fundamento en ello, le impuso las siguientes condenas a la entidad estatal convocada:

Décimo Primero: ACCEDER A LA PRETENSIÓN NOVENA, condenando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., al pago a la unión temporal Magisalud 2, de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato (...), por el no pago a la unión temporal Magisalud 2, de las facturas de promoción y prevención, perjuicio que asciende a la suma de cinco mil veintiocho millones seiscientos veinticinco mil ochocientos treinta y nueve pesos (\$5.028'625.839) (...).

Décimo Tercero: ACCEDER A LA PRETENSIÓN DÉCIMA PRIMERA, condenando al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., al pago a la unión temporal Magisalud 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las



obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato (...), por el no pago (...) de las facturas por concepto de salud ocupacional, perjuicio que asciende a la suma de seis mil ciento trece millones ochocientos noventa y ocho mil setenta y nueve pesos (\$6.113'898.079) (...).

Décimo Quinto. ACCEDER A LA PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA, condenando al Fondo (...) al pago a la unión temporal Magisalud 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato (...), por el no pago (...) de las facturas que a la fecha no han sido pagadas por concepto de recobro, perjuicio que asciende a la suma de cinco mil cuatrocientos noventa y cuatro millones quinientos veinticinco mil ciento catorce pesos (\$5.494'525.114) (...).

Décimo Séptimo: ACCEDER A LA PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA, condenando al Fondo (...), representado por la Fiduciaria La Previsora S.A., al pago a la unión temporal Magisalud 2 de los perjuicios causados por el no pago oportuno de las facturas de capitación, enlistadas en el Anexo del Laudo, intereses moratorios que ascienden a la suma de diez mil trescientos setenta y cinco millones seiscientos setenta y cuatro mil novecientos dieciocho pesos (\$10.375'674.918) (...).

Décimo Noveno: ACCEDER A LA PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA, condenando al Fondo (...) al pago a la unión temporal Magisalud de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato (...), por el no pago oportuno de las facturas de alto costo (...), intereses moratorios que ascienden a la suma de setenta mil ciento cincuenta y cinco millones quinientos setenta y ocho mil trescientos setenta y tres pesos (\$70.155'578.373) (...).

Vigésimo Primero: ACCEDER A LA PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA, condenando al Fondo (...) de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato (...), por el no pago oportuno de las facturas de promoción y prevención (...), intereses moratorios que ascienden a la suma de cuatro mil doscientos sesenta y un millones trescientos quince mil ciento cincuenta y un pesos (\$4.261'315.151) (...).

Vigésimo Tercero: ACCEDER A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA PRIMERA, condenando al Fondo (...) al pago a la unión temporal Magisalud 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato (...), por el no pago oportuno de las facturas de salud ocupacional enlistadas en el Anexo del Laudo, intereses moratorios que ascienden a la suma de cuatro mil ochocientos treinta y dos millones ochocientos ochenta y cuatro mil ciento veintiséis pesos (\$4.832'884.126) (...).

Vigésimo Quinto: ACCEDER A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA, condenando al Fondo (...) al pago a la unión temporal Magisalud 2 de los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las cláusulas quinta (de acuerdo con la precisión que al respecto hizo el tribunal en la parte motiva) y octava del contrato (...), por el no pago oportuno de las facturas por concepto de recobro (...), intereses moratorios que ascienden a la suma de cinco mil trescientos veintidós millones novecientos cuarenta mil doscientos diez pesos (\$5.322'940.210) (...).



- Además, en los dos últimos puntos del acápite decisorio, el tribunal dispuso no condenar en costas y agencias en derecho y declaró que no impondría la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso⁹.
- Como referencia preliminar, los árbitros se pronunciaron sobre la licitud de las pruebas obrantes en la causa, en particular, la actualización del dictamen pericial aportado por la convocante –y rendido por la empresa Legal Métrica S.A.S.–, cuya legalidad fue cuestionada por la parte pasiva en los alegatos de conclusión.

Al respecto, el panel arbitral manifestó que el propósito de la actualización de la experticia con base en la exhibición de documentos era precisamente incorporar en el informe de los peritos las facturas que exhibiría la convocada, pues de lo contrario, la prueba no habría podido cumplir con la finalidad de evidenciar la realidad de los pagos efectuados, *“respecto de las facturas exhibidas”*, razonamiento que, en criterio de los árbitros, encontraba sustento en el artículo 227 del CGP¹⁰.

Partiendo de lo anterior, al analizar cada una de las pretensiones económicas de la demanda, el tribunal concluyó que varios de los perjuicios alegados estaban acreditados con el dictamen rendido por Legal Métrica S.A.S., al tiempo que rechazó varios resultados de la prueba pericial elaborada por la firma Act Actuarios S.A.S. –aportada por la entidad estatal para controvertir el dictamen inicial- por considerar, además de otras razones, que en algunos puntos se oponía al pliego de condiciones correspondiente al contrato, adolecía de error grave en uno de los ítems materia de análisis, se fundó en reflexiones de estirpe jurídica que no debían ser dilucidadas por los peritos, y si bien se trataba de un dictamen de contradicción, no destinó ningún acápite a desvirtuar o controvertir lo señalado en el trabajo pericial de Legal Métrica S.A.S., aceptado probatoriamente por el panel de árbitros.

- En particular, frente a las pretensiones relacionadas con el incremento del valor de la UPCM, el tribunal desestimó lo afirmado por la sociedad Act Actuarios S.A.S., en cuanto a que Fiduprevisora S.A. aplicó de manera equivocada un incremento del

⁹ *“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación (...). Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada”.*

¹⁰ *“La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba. El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado”.*



2.0% en la liquidación del año 2014, en lugar de reconocer el 1.8% -que según el dictamen era el porcentaje que correspondía-, y que por ese supuesto error había pagado a la contratista un excedente de \$14.424'377.769 que se le debía reconocer a la entidad a título de “saldo a favor”. Tal conclusión fue rechazada por los árbitros con fundamento en que el Ministerio de Salud, en oficio del 24 de mayo de 2019, señaló que el porcentaje de incremento de la UPC para 2014 había sido precisamente del 2.0%, de manera que fue correcta la liquidación efectuada por Fiduprevisora S.A. para la indicada vigencia.

-. Por otro lado, en lo relativo a las pretensiones octava a vigésima tercera –en las que la parte convocante refirió el supuesto incumplimiento de la “cláusula cuarta” del contrato por parte de la entidad estatal-, el colegio arbitral subrayó que tal estipulación contractual aludía a las obligaciones de la contratista, lo que evidenciaba, a juicio de los árbitros, que la parte convocante había citado la “cláusula cuarta” por error. Como consecuencia, dispuso interpretar la demanda con fundamento en el artículo 228 de la Constitución Política y analizar las indicadas pretensiones a la luz de la cláusula quinta contractual, contentiva de las obligaciones a cargo de Fiduprevisora S.A.

Señaló:

[E]l tribunal interpreta el texto de las pretensiones en comento en el sentido ya indicado, pues es evidente que se trata de un error que no ata al juez para efectos de pronunciarse sobre las mismas; lo anterior en la medida en que los hechos de la demanda, la contestación a los mismos, las pruebas del proceso y los alegatos de conclusión de las partes no dejan duda alguna sobre el objeto de la controversia, que se centra en el incumplimiento de la convocada de la obligación contenida en la cláusula 5 (...).

-. Los árbitros también se pronunciaron frente a cada una de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda (numeral 3.10 del laudo) y desestimaron, entre otras, la relativa a la “compensación” alegada por Fiduprevisora S.A., por considerar que no obraba prueba de la existencia de obligaciones dinerarias en cabeza de la contratista UT Magisalud 2, a favor de la entidad.

-. Por último, en relación con el juramento estimatorio, el tribunal evidenció que la UT Magisalud 2 había estimado los perjuicios en \$226.640'901.499y concluyó que dicha suma no excedía en el 50% “el valor probado al que [ascendía] la condena”, razón por la cual no era procedente pronunciarse sobre la objeción formulada por la parte pasiva contra tal estimación ni había lugar a imponer la sanción prevista en el artículo 206 del CGP, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.

2.2. El 8 de mayo de 2020, la entidad convocada solicitó que se “corrigiera” el laudo arbitral, en el sentido de que se decretara una compensación, a favor de



Fiduprevisora S.A., por la suma de \$14.424'377.769, y que por consiguiente, se estableciera con fundamento en ello la verdadera diferencia entre el juramento estimatorio efectuado en la demanda y el valor final de la condena.

Adujo la parte solicitante que, en el laudo arbitral, el tribunal analizó lo relativo a la actualización anual de la UPCM y tuvo por establecido que el porcentaje aplicable al año 2014 era el 2.0%, de acuerdo con el informe rendido durante el proceso por el Ministerio de Salud, y no el 1.8%, referido en el dictamen de la firma Act Actuarios S.A., que señaló, con base en ese porcentaje, que se le debía reconocer a Fiduprevisora S.A. la suma de \$14.424'377.769, pagada en exceso por la entidad.

Señaló que, si bien el laudo arbitral denegó el reconocimiento de dicha compensación, por concluir que el porcentaje del 2.0% había sido correctamente aplicado por Fiduprevisora S.A., el 7 de mayo de 2020, el Ministerio de Salud presentó un oficio declarando que se había equivocado en el informe rendido en el proceso arbitral, y precisando que el porcentaje de actualización de la UPCM para el 2014 era del 1.8%. En esa medida, en sentir de la convocada, se le debía reconocer la mencionada compensación por el monto de \$14.424'377.769, cantidad que constituía el efecto económico de la diferencia entre el 1.8% y el 2.0%.

Manifestó que esa diferencia no había sido objetada por la parte convocante, de manera que debía declararse la compensación de obligaciones y, en esa medida, reconocerse a favor de Fiduprevisora S.A. la suma aludida.

Planteó su solicitud en los siguientes términos:

Primero: Corregir el laudo y decretar la compensación de la cifra reconocida por el tribunal como saldo a favor de la convocante por valor de catorce mil cuatrocientos veinticuatro millones trescientos setenta y siete mil setecientos sesenta y nueve pesos M/Cte (\$14.424'377.769), realizando un ajuste en el valor total de la condena.

Segundo: Consecuencialmente, corregir el error aritmético derivado de una errada estimación de la diferencia del valor de las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda, contra el valor de la condena, realizando los ajustes aritméticos y aplicando los efectos establecidos en el artículo 206 del CGP.

-. El 12 de mayo de 2020, el tribunal de arbitramento denegó la solicitud de corrección del laudo, presentada por Fiduprevisora S.A., por considerar que los aspectos censurados por la entidad no eran configurativos de “*error aritmético*”, en los términos de la normativa procesal, dado que los porcentajes calculados tuvieron claro basamento en pruebas legalmente aportadas a la causa -especialmente el informe del Ministerio de Salud- y fueron analizados expresamente en el laudo. Adicionalmente, expuso algunas de las manifestaciones hechas por la convocada en la contestación de la demanda, relacionadas con la supuesta responsabilidad



que le asistía exclusivamente al Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de Salud, en la fijación de los porcentajes de actualización de las UPCs.

Finalmente, expresaron los árbitros:

[N]o resulta leal ni jurídicamente posible que el 8 de mayo de 2020, cuando ya se había proferido el laudo desde el 30 de abril (sic) de 2020 y los árbitros se habían despojado de su competencia temporal, se intente ir en contravía de lo consignado en sus propios argumentos de defensa y con apoyo en un comunicado a todas luces intempestivo, pedir bajo la cubierta de un inexistente error aritmético, que se acoja otra excepción perentoria, como lo es la de la compensación, la cual no logró estructurar y por ende probar en lo que correspondía a sus presupuestos sustanciales y procesales.

3. Recurso de anulación

3.1. Lo interpuso la parte convocada para controvertir el laudo, con apoyo en las causales contempladas en el artículo 41 numerales 1, 2, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1563 de 2012¹¹.

Con respecto a la causal primera de anulación, señaló que era ilegal el pacto arbitral contenido en la cláusula 23 del contrato materia de controversia, por tratarse de una “cláusula escalonada”, categoría que, según su dicho, ha sido declarada contraria a la ley por el Consejo de Estado –especialmente en la providencia dictada el 18 de julio de 2019¹²-, por infringir el artículo 13 del Código General del Proceso, en cuanto establece que las normas procesales son de orden público. Centró tal reproche en la circunstancia de haberse pactado en la cláusula censurada dos mecanismos de heterocomposición y uno de autocomposición, para que operaran antes del arbitramento, pero sin señalarse cuál de tales vías acordadas operaría primero, y en qué forma.

En cuanto a la causal segunda de anulación, según el recurrente, el tribunal de arbitramento que profirió el laudo impugnado carecía de competencia para resolver el litigio, dada la pretendida ilegalidad de la cláusula compromisoria en la que el

¹¹ “Son causales del recurso de anulación:

1. La inexistencia, la invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia (...).
6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.
7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.
9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

¹² Se refiere el censor al auto dictado dentro del proceso N° 25000-23-36-000-2017-00601-01(62930), C.P. Alberto Montaña Plata.



panel arbitral cimentó su conformación y el trámite adelantado. Asimismo, adujo que se configuraba la indicada causal por haberse proferido el laudo por fuera del término legal, lo cual implicaba que la providencia se había emitido cuando el tribunal había perdido, precisamente, la competencia para ello.

De esta manera, el censor invocó también la causal de anulación referida en el artículo 41, numeral 6, del estatuto de arbitraje, y afirmó que si bien las partes solicitaron la prórroga del término procesal por seis meses, y la actuación fue suspendida en varias oportunidades también a instancia de ambos contendientes, ninguno de tales beneficios permitía sobrepasar el plazo máximo dispuesto en la ley para tramitar y finalizar el proceso arbitral, el cual era de seis meses contados a partir de la culminación de la primera audiencia de trámite, prorrogables por otro término igual. Bajo este razonamiento, señaló que el laudo, e incluso el auto que resolvía sobre la solicitud de su aclaración, debieron emitirse antes del 18 de marzo de 2020, fecha en la que, en su sentir, vencía el término legal del proceso de arbitramento, de suerte que al proferirse la sentencia con posterioridad a ese plazo, la misma adolecía de nulidad.

Acerca de la causal séptima de anulación del laudo arbitral, la parte recurrente manifestó que los árbitros habían fundado su decisión bajo una errónea e irregular valoración de la prueba pericial que tomaron como base para las condenas contra el Fomag, en particular porque la experticia presentaba vicios de ilegalidad que, aun cuando fueron puestos en conocimiento del tribunal en el curso del proceso, se hizo caso omiso de los mismos y se hicieron prevalecer las conclusiones del dictamen ilegal sobre las del peritaje practicado en oposición a aquel.

Adicionalmente, señaló que la indicada causal séptima también había viciado el laudo en cuanto no se advirtió que el juramento estimatorio efectuado por la parte convocante había sobrepasado el monto de los perjuicios que se tuvieron por demostrados en el proceso, en un porcentaje superior al señalado en el artículo 206 del CGP, de manera que se dejó de aplicar la sanción prevista en esa misma norma, al demandante que estimó bajo juramento los perjuicios en cuantía mayor a la permitida.

Para el censor, el indicado yerro también encuadró en la causal prevista en el artículo 41, numeral 8, de la Ley 1563 de 2012, por contener un error aritmético que incidió en la parte resolutive del laudo. De otro lado, la misma causal octava también se configuró en el caso concreto por haberse señalado en las consideraciones del laudo que la parte convocante no había sustentado el sexto grupo de pretensiones con fundamentos fácticos, pese a lo cual se señalaron algunas conclusiones



probatorias sobre esas materias específicas y se condenó a la convocada a *“pagar perjuicios por nueve rubros diferentes”*.

Por último, señaló que el laudo debía declararse nulo igualmente con fundamento en la causal novena prevista en la norma citada, puesto que los árbitros, en su sentir, decidieron sobre asuntos no sometidos a su conocimiento, al modificar oficiosamente la demanda y tener por incumplida la cláusula quinta del contrato, cuando las pretensiones de la parte convocante señalaron el incumplimiento de la cláusula cuarta. Agregó que el laudo había concedido las pretensiones de la demanda a pesar de haberse evidenciado la supuesta *“inexistencia del juramento estimatorio”* y que el tribunal había omitido pronunciarse de manera concreta sobre varios aspectos de la controversia.

Al invocar las causales 1, 2 y 6 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la entidad convocada señaló que los dos últimos incisos de ese mismo artículo¹³ eran inaplicables en el presente caso, por ser contrarios a la Constitución Política y haber sido derogados tácitamente por el artículo 626 del Código General del Proceso.

4. Oposición de la convocante

La parte convocante, esto es, la unión temporal Magisalud 2- solicitó que se rechazara de plano el recurso de anulación, por considerar que el mismo se basaba en una lógica argumentativa opuesta al verdadero sentido hermenéutico de las normas regulatorias del arbitraje, y por haberse invocado las causales previstas en el artículo 41, numerales 1, 2 y 6 del estatuto arbitral, sin cumplir los requisitos previstos en los dos últimos incisos de esa norma, disposiciones que, contra lo afirmado por el recurrente, estaban vigentes y se ceñían a la Constitución Política.

Defendió la legalidad de las decisiones adoptadas por los árbitros y reprochadas por el censor en cada uno de los cargos de anulación. En punto de ello, expuso en cada caso el que, en su criterio, era el verdadero sentido de los argumentos y conclusiones del tribunal, sobre la legalidad de la cláusula compromisoria, la competencia de los árbitros, la licitud de la prueba pericial cuestionada en el recurso, la acogida de las pretensiones referentes al incumplimiento de la cláusula quinta del contrato y las razones jurídicas que llevaron al sentenciador a abstenerse de aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del CGP a la parte demandante.

¹³ *“Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia. La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término”*.



De igual manera, desestimó la técnica jurídica del recurso y la forma en que fueron planteados los diferentes cargos.

5. Trámite del recurso de anulación

5.1. En providencia del 7 de octubre de 2020, se admitió el recurso extraordinario de anulación y se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

5.3. Las mencionadas entidades guardaron silencio en la presente instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Oportunidad del recurso

El recurso de anulación fue interpuesto dentro de la oportunidad establecida por el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012¹⁴, dado que este se presentó el 26 de junio de 2020 y la notificación del auto que resolvió la solicitud de aclaración del laudo arbitral presentada por la parte convocante se produjo el 12 de mayo de 2020, según consta en el acta 106 de esa fecha¹⁵.

En este punto es importante recordar el contenido del artículo 62 de la Ley 4 de 1913 que determina el cómputo de los plazos legales expresados en días: *“En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario (...)”*. A su vez, el artículo 118 del C.G.P. establece que, en los términos de días, no se toman en cuenta los de vacancia judicial *“ni aquellos en los que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado”*.

2. Régimen legal aplicable

La Ley 1563 del 12 julio de 2012¹⁶ es el marco legal aplicable para la definición del recurso extraordinario de anulación en estudio, puesto que el proceso arbitral inició

¹⁴ *“Artículo 40. Recurso extraordinario de anulación. Contra el laudo arbitral procede el recurso extraordinario de anulación, que deberá interponerse debidamente sustentado, ante el tribunal arbitral, con indicación de las causales invocadas, dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación o la de la providencia que resuelva sobre su aclaración, corrección o adición. Por secretaría del tribunal se correrá traslado a la otra parte por quince (15) días sin necesidad de auto que lo ordene. Vencido aquel, dentro de los cinco (5) días siguientes, el secretario del tribunal enviará los escritos presentados junto con el expediente a la autoridad judicial competente para conocer del recurso”*.

¹⁵ Carpeta magnética “Principales”, archivo “15569 Principal N° 8 Folio 3511-4122”, p. 605.

¹⁶ Al respecto, el inciso primero del artículo 119 de la Ley 1563 prevé: *“Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su*



después de la expedición del referido estatuto¹⁷, razón por la cual, el recurso extraordinario de impugnación será resuelto con fundamento en lo establecido en ese ordenamiento.

Es del caso señalar que en providencia de unificación de jurisprudencia, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló que solo aquellas controversias dirimidas en sede arbitral, iniciadas antes de la vigencia de la Ley 1563 de 2012, es decir, en vigor del Decreto 1818 de 1998, continuarían rigiéndose por esta última normativa y, por consiguiente, a los recursos de anulación interpuestos contra laudos provenientes de esa clase de procesos, aunque fuesen formulados en vigencia del nuevo Estatuto de Arbitramento, no les resultaría aplicable la mencionada Ley 1563¹⁸.

3. Jurisdicción y competencia

a) Naturaleza del Fomag y los recursos que lo componen

De conformidad con el artículo 46, inciso tercero de la Ley 1563 de 2012¹⁹, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es la competente para resolver el “*recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas*”.

Se advierte de esta manera que la indicada norma especial de competencia adopta tanto un criterio orgánico como material de la administración, de modo que cobija ampliamente los asuntos resueltos por la justicia arbitral en los que resulte comprometida la actividad del Estado, particularmente la administrativa.

Desde el punto de vista orgánico expuesto en el artículo 46 de la Ley 1563, en particular, en lo que se refiere a los asuntos “*en los que intervenga una entidad pública*”, la cuestión que debe abordarse, en primer término, es la de determinar quién intervino en el conflicto que se resolvió en el laudo cuestionado y si tal interviniente es o no una entidad pública.

Para resolver esos interrogantes, debe precisarse que la controversia resuelta en el laudo arbitral cuestionado se suscitó entre la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A.

promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia”.

¹⁷ La demanda arbitral se presentó el 28 de enero de 2018.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera –Sala Plena– auto del 6 de junio de 2013, exp. 45.922, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁹ Aplicable en el presente caso por cuanto la demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó el 28 de enero de 2018, esto es, en vigencia del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.



–entidad de carácter estatal- la cual actuó como representante y vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag-, y la unión temporal Magisalud 2, con ocasión del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales 12076-111-2012 del 2 de agosto de 2012²⁰.

El Fomag fue creado por la Ley 91 de 1989, artículo 3, como una *“cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica”*, cuyos recursos serían manejados por una entidad fiduciaria *“estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital”*, para efecto de lo cual, el Gobierno Nacional debía suscribir el respectivo contrato de fiducia mercantil²¹.

Fue así como, mediante escritura pública 83 del 21 de junio de 1990, otorgada en la Notaría 44 de Bogotá, la Nación y la sociedad Fiduprevisora S.A. suscribieron el indicado contrato de fiducia, por medio del cual fue constituida la cuenta especial denominada *“Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio”* cuyos recursos provendrían de la Nación y otras fuentes correspondientes a distintas entidades del

²⁰ En las distintas Subsecciones de la Sección Tercera del Consejo de Estado se han resuelto recursos de anulación contra laudos arbitrales relativos a conflictos suscitados con ocasión de contratos de prestación de servicios médico-asistenciales en los que ha intervenido Fiduprevisora S.A. como representante y vocera del Fomag, vale decir, se ha admitido la competencia de la Corporación para conocer de dichos asuntos. Al respecto, véase la sentencia dictada por la Subsección C el 10 de diciembre de 2015 –exp. N° 53165-, relativa a un recurso de anulación correspondiente a un asunto arbitral en el que una de las partes fue *“Fomag – Fiduprevisora S.A.”* y la controversia surgió por un contrato con las características mencionadas. Posteriormente, en fallo del 15 de noviembre de 2019 –exp. N° 62535-, en vigencia de la Ley 1563 de 2012, la Subsección B resolvió de fondo el recurso de anulación formulado contra un laudo referente a un contrato de prestación de servicios médicos, en el que también intervino Fiduprevisora S.A. como administradora del Fomag. En esa oportunidad se aplicó tanto la regla de competencia prevista en el estatuto arbitral como la señalada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Asimismo, el 5 de marzo de 2020, la Subsección A dictó sentencia de mérito frente al recurso de anulación de laudo arbitral promovido en el proceso N° 11001-03-26-000-2018-00074-00 (61579), en el que fungió como entidad convocada Fiduprevisora S.A., como vocera del Fomag y como contratante también de los servicios médicos para los docentes afiliados al Magisterio. Con respecto a la competencia, en la que igualmente se dio aplicación al CPACA y al estatuto arbitral, indicó: *“La demanda arbitral que dio origen al proceso se presentó (...) en vigencia del CPACA y del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Por tanto, la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene jurisdicción y competencia para resolver el recurso extraordinario de anulación de conformidad con el numeral 7 y el parágrafo del artículo 104 del CPACA, en concordancia con el artículo 149.7 de la misma codificación, y el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que determinan que esta Corporación conoce, en única instancia, de los recursos de anulación de laudos arbitrales originados en contratos estatales, sin importar la cuantía de las pretensiones y en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”*.

Así, en materia de recursos de anulación contra laudos arbitrales, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha armonizado las reglas de competencia contenidas en el CPACA y en la Ley 1563 de 2012, y para el caso específico de los contratos de prestación de servicios médicos celebrados por Fiduprevisora S.A. en representación del Fomag, ha reconocido, en los términos del artículo 46 del estatuto arbitral, que en tales negocios y las subsiguientes controversias han intervenido entidades públicas y entes que desempeñan funciones administrativas.

²¹ Estableció la norma: *“Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”*.



Estado, pero cuyo ingreso al Fondo estaría siempre vigilado por aquella, en calidad de fideicomitente. En todo caso, en la cláusula tercera de dicho acuerdo de constitución de fiducia se especificó que sería el Consejo Directivo del Fomag el que fijaría la política general de y administración de los recursos del Fondo, y en armonía con ello, la cláusula séptima precisó la conformación de dicho Consejo, en los mismos términos de la Ley 9 de 1989 -especialmente su integración con los ministros de Educación y Hacienda y Crédito Público-, así como sus funciones, entre estas, determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad en que se pagarían las prestaciones a cargo del Fondo, revisar el presupuesto anual del mismo y analizar y recomendar las entidades con las que se celebrarían los contratos necesarios para el funcionamiento de esa cuenta especial.

Por otro lado, en la cláusula décima del mismo contrato se advirtió que la Fiduciaria mantendría los recursos recibidos, y los que posteriormente ingresaran al Fomag, separados del resto de sus activos y de los de otros negocios fiduciarios, y que tales recursos conformarían un patrimonio autónomo afecto a la finalidad de la fiducia. Asimismo, la cláusula décima cuarta estableció que Fiduprevisora S.A. no estaría obligada a asumir con recursos propios ninguna carga imputable al referido contrato de fiducia mercantil, todo lo cual se acompasó con lo señalado en los artículos 1226, 1227 y 1233 del Código de Comercio, en cuanto señalan que la función esencial del fiduciario es administrar los recursos de la fiducia para cumplir la finalidad determinada por el constituyente, y que tales recursos no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, por lo que deben mantenerse separados del resto de sus activos.

En desarrollo de ese contrato, la Fiduciaria suscribió a nombre del Fomag el contrato aquí cuestionado. Aquí se reiteró que Fiduprevisora S.A. obraba *“en nombre y representación del patrimonio Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, por lo que resulta claro, entonces, que el Fomag es el centro de imputación de las decisiones que fueron adoptadas en el laudo arbitral que se cuestiona y fue, por tanto, el ente que, en los términos del artículo 46 del estatuto arbitral, *“intervino”* en el litigio; y como no goza de personería jurídica, debió acudir al presente proceso a través de su representante y vocera: la sociedad Fiduprevisora S.A.

Siguiendo la línea normativa y contractual que gobierna el presente asunto, se tiene que, al *Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag-* le corresponde hacer el pago de las prestaciones sociales a cargo de la Nación y de las entidades territoriales a favor de un grupo de servidores del Estado (los docentes públicos afiliados al Magisterio), cuenta con un cuerpo que adopta determinadas



decisiones: el Consejo Directivo –integrado, entre otras personas, por ministros del Gobierno Nacional-²², encargado, entre otras cosas, de dictar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del fondo, establecer su destinación, fijar el orden de prioridad para atender las prestaciones sociales y remitir el presupuesto anual de rentas y gastos para su aprobación por el Gobierno Nacional (Ley 9 de 1989, art. 7). Igualmente, al tenor del artículo 5, numeral 2 de la misma ley, le corresponde al Consejo Directivo del Fomag impartir directrices en la contratación de los servicios médico-asistenciales para el personal afiliado, pues de conformidad con dicha norma, uno de los principales objetivos del Fomag consiste en garantizar la prestación de esos servicios, los cuales deben ser contratados *“de acuerdo con las instrucciones que imparta el Consejo Directivo del fondo”* (yo metería esto en pie de página, en donde se empieza a hablar qué es el fomag).

En estos términos, si bien quien afrontó procesalmente el proceso arbitral fue la compañía Fiduprevisora S.A., lo hizo como representante y vocera del Fomag y, en consecuencia, se considera que para los efectos de lo previsto en el artículo 46 de la Ley 1563 quien *“intervino”* en el proceso fue el Fondo y no su representante, pues la Sala acoge aquí la postura de que esta exigencia legal está referida al patrimonio sobre el que recaen los efectos de las decisiones que se adopten²³, y no a quien lo represente judicial o extrajudicialmente.

²² Dispone el artículo 6 de la Ley 91 de 1989: *“En el contrato de fiducia mercantil a que se refiere el artículo 3 de la presente Ley, se preverá la existencia de un Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, integrado por los siguientes miembros:
El Ministro de Educación Nacional o el Viceministro, quien lo presidirá.
El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
El Ministro de Trabajo y Seguridad Social o su delegado.
Dos representantes del magisterio, designados por la organización gremial nacional que agrupe el mayor número de asociados docentes.
El Gerente de la entidad fiduciaria con la cual se contrate, con voz pero sin voto.”*

²³ Cabe anotar que sobre esa opción interpretativa existe divergencia de criterios al interior de la Sala. Así, en auto de la Subsección B, de 2 de octubre de 2019, exp. 62199, C.P. Martín Bermúdez Muñoz (con salvamento de voto del C.P. Ramiro Pazos Guerrero), se propuso el conflicto negativo de competencias, con el Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, en relación con el recurso de anulación propuesto contra el laudo arbitral que resolvió el conflicto que se suscitó entre Integrar Constructores S.A.S. y la Alianza Fiduciaria S.A. -sociedad fiduciaria de carácter privado, quien actuaba como vocera y administradora del Fideicomiso PA2559 Macroproyecto Altos de Santa Elena Sector A., constituido en su totalidad con aportes públicos, por considerar que *“si quien comparece el proceso arbitral como demandante o demandada es una fiduciaria de carácter privado, así actúe como vocera de un patrimonio autónomo conformado por recursos públicos, debe entenderse, para efectos de la aplicación de la regla de competencia establecida por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que es una entidad de carácter privado y por lo tanto la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación será del Tribunal Superior - Sala Civil - de donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje. Si, por el contrario, la fiduciaria es una entidad pública, el competente para conocer del recurso de anulación será el Consejo de Estado”*.

Ahora bien, ese conflicto negativo de competencia fue resuelto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el 20 de febrero de 2020, exp. 110010102000201902678-00 (17361-39), en el sentido de atribuir la competencia al Tribunal Superior de Cali, por considerar que, de conformidad con *“el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012, la decisión de declararse competente bajo el entendido de que se trata de un arbitramento de derecho privado ‘prevalece sobre cualquier otra proferida en sentido contrario por un juez ordinario o contencioso administrativo...’ y solo puede ser revisada en sede del recurso de anulación, el cual debe tramitarse por la cuerda del arbitramento privado por la que se surtió todo el trámite arbitral, pues siendo el recurso de anulación un trámite que forma parte del trámite arbitral, es claro que dicho recurso resulta accesorio al trámite arbitral y lo accesorio debe en todo caso seguir la suerte de lo principal, motivo por el cual en aplicación de lo*



Lo anterior es así, en tanto, en el *sub lite*, la intervención material es la que guía las pautas para fijar las reglas adjetivas y no la intervención meramente formal. Decantarse por esto último, sería tanto como considerar que, *mutatis mutandi*, los representantes legales de las sociedades son quienes intervienen en el proceso y, por consiguiente, los que determinan las reglas procesales. Este entendimiento es de difícil aceptación, puesto que la titularidad del derecho debatido en el proceso - judicial o arbitral- recae sobre el representado y no sobre el representante, y es la situación jurídica de aquel, y no la de este, la que se controvierte en el asunto.

En cuanto a la naturaleza de la intervención de los patrimonios autónomos, valga aclarar, regulados por el derecho privado, la doctrina ha señalado que quienes los representan *“como bien lo afirma Redenti, no actúan, como representantes legales sino en su carácter o calidad de gestores autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos intereses objetivos previamente establecidos o de los intereses del titular desconocido o incierto. Por ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en el juicio a nombre propio, ni con el estar en el juicio a nombre ajeno”*²⁴.

En esa dirección, con independencia de si se acepta que las Fiduciarias, en las actuaciones judiciales, son sólo voceras o representantes legales o *“gestores autónomos deliberantes”*, como quedó expuesto, lo cierto es que no son parte en sentido estricto y material, sino que lo serán aquellos a quienes estos representen y pueden quedar comprometidos con la decisión judicial de fondo.

Se sigue de todo lo anterior – y lo reitera la Sala- que el patrimonio autónomo constituido con los recursos del Fomag es el centro de imputación de las obligaciones y derechos que surjan con ocasión de los contratos celebrados por su vocero y representante legal, y que a la luz de las normas legales y reglamentarias que gobiernan el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente del Magisterio, es procedente y jurídicamente admisible entender el Fomag como un sujeto de derechos y obligaciones, aunque representado por otra entidad del Estado²⁵, en virtud de la fiducia mercantil ordenada por el legislador y con los

señalado por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, esta Corporación adscribirá la competencia para conocer de este recurso de anulación a la Jurisdicción Ordinaria (...)”.

²⁴ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, 9a Edición, 2005, Bogotá, p. 295

²⁵ En línea con ello, no menos importante resulta el hecho de que la ley hubiera establecido que el fondo fuera administrado obligatoriamente por una fiduciaria estatal, o como mínimo, constituida como sociedad de economía mixta con participación pública igual o superior al 90%, y señalara que el contrato respectivo de fiducia se debía sujetar, además de las normas comerciales, a las previstas en la Ley 91 de 1989. Con ello, quiso el legislador que los recursos del Fomag estuvieran destinados a garantizar los derechos de los docentes vinculados al Estado, a efectos de que los recursos públicos afectos al cumplimiento de esa carga prestacional, una vez transferidos al Fomag, no se destinaran a cubrir otros compromisos de la Nación y de las entidades territoriales.



propósitos igualmente previstos por este, orientados al logro y garantía de unos fines públicos determinados. Desde ese punto de vista, se concluye que los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera son del conocimiento de esta jurisdicción, pues es claro, en los términos del artículo 46 - inciso tercero de la Ley 1563 de 2012, que en el conflicto “intervino” el Fomag, representado por una sociedad fiduciaria.

El siguiente asunto para resolver, a efectos de determinar la competencia de esta Sala para conocer del presente recurso de anulación, es si el Fomag puede ser entendido como entidad pública o si sólo deben incluirse bajo tal categoría a las entidades que gozan de personería jurídica. En este análisis se parte por señalar que, dado que el Estatuto de Arbitraje no definió lo que debe entenderse como “entidad pública”, hay lugar a acudir a otras normas, con el fin de interpretar dicha disposición.

Así, desde el enfoque orgánico de la administración y partiendo de la referencia normativa a la “entidad pública” como elemento determinante de la competencia de esta Corporación, se debe tener en cuenta que en la actual estructura del Estado colombiano están comprendidos algunos organismos que, careciendo de personería jurídica, integran la administración de conformidad con la ley²⁶, y asimismo, en ciertos ámbitos de la actividad administrativa se incorporan en la categoría de “entidad estatal” determinados estamentos que no gozan de dicha personalidad jurídica, como acontece, v.gr., con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública²⁷, que reconoce como entidades estatales con

A la luz de las pautas dispuestas en la Ley 91 de 1989 y bajo la naturaleza de la fiducia mercantil, en principio es dable concluir que la representación judicial del Fomag recae siempre en cabeza de su administradora, Fiduprevisora S.A. Con todo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que el fondo debe ser representado judicialmente por la Nación – Ministerio de Educación Nacional, “en los litigios originados en actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales del Magisterio” y por la sociedad fiduciaria, “en los asuntos concernientes al cumplimiento de sus deberes indelegables, tanto los estipulados en el acto constitutivo del fideicomiso como los previstos en el artículo 1234 y demás disposiciones legales pertinentes de la ley mercantil” (Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 1423 del 23 de mayo de 2003, C.P. César Hoyos Salazar). En todo caso, el común denominador en cualquiera de estos criterios es la calidad del fondo como sujeto pasible de ser representado judicial y extrajudicialmente.

²⁶ El artículo 39, inciso 1, de la Ley 489 de 1998 establece: “La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano”.

A su vez, el artículo 38 del mismo estatuto, enuncia entre las entidades que hacen parte del sector central de la administración, varios organismos que carecen de personería jurídica, tales como las superintendencias y unidades administrativas especiales con esa característica.

²⁷ De conformidad con el artículo 2, num. 1, literal b) de la Ley 80 de 1993, para los efectos de dicho estatuto se denominan entidades estatales “[e]l Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura (...), las contralorías departamentales, distritales y municipales (...), los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos”.



capacidad para contratar, varios órganos que no están revestidos del indicado atributo²⁸.

En esa medida, el inciso tercero del artículo 46 del estatuto arbitral debe interpretarse en sentido amplio, entendiendo que, entre los recursos de anulación contra laudos arbitrales que le corresponde conocer a la Sección Tercera del Consejo de Estado no solo se encuentran aquellos en los que haya intervenido una entidad pública con personería jurídica o un particular, igualmente dotado de ella, que desempeñe funciones administrativas, sino también todo órgano o dependencia del Estado que, no gozando de tal estatuto de persona, sea el centro de imputación de derechos y obligaciones y en razón de ello intervenga en un proceso en el que estos se discutan, sin perjuicio de que en sede judicial o arbitral, tales organismos deban ser representados por la entidad indicada en la ley sustancial aplicable e independientemente del régimen jurídico que gobierne la respectiva relación.

En los sistemas modernos, los órganos del Estado suelen personificarse, es decir, imponerse en el orden jurídico como entes con personalidad jurídica, y aún en el Estado Social de Derecho, en el que se diversifican y articulan en mayor grado las funciones y los actores del ejercicio público, dichos órganos continúan asumiendo responsabilidades bajo esa construcción jurídica –la de la personalidad- que dota de representación, obligaciones y derechos al sujeto que la detenta. Con todo, también es cierto que son múltiples los órganos, organismos y entes públicos que carecen de esa personalidad jurídica, no obstante lo cual pueden ser también objeto de derechos y obligaciones y actuar en el tráfico jurídico en la forma autorizada por la ley, como cuando son dotados de capacidad para contratar y obligarse.

Justamente, en reconocimiento de la complejidad que caracteriza a la actual estructura de la administración pública y de la constante evolución en su concepción y enfoque, el artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala en su párrafo que *“se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”*.

²⁸ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional recalcó: *“[l]a Ley 80 de 1993, define quienes son los sujetos contractuales que pueden intervenir ya como contratantes o como contratistas en un negocio jurídico de naturaleza estatal. Para ello ha dispuesto que no sólo pueden contratar en nombre del Estado las entidades y organismos que tengan personería jurídica, sino aquellos que no teniéndola, la ley les reconoce la capacidad de contratación. En este punto, la Corte Constitucional, tuvo oportunidad de pronunciarse en sentencia C- 374 de 1994, en la que se declara ajustada a la Carta, la capacidad que tienen las entidades del Estado que no teniendo personería jurídica, pueden suscribir contratos con el Estado, en la medida en que cada una de estas actuaciones vincula al órgano con personería jurídica al que se encuentre adscrita o haga parte de la entidad que está contratando”* (Corte Constitucional, sentencia C-949 de 2001).



Aunque la norma es clara en indicar que tal entendimiento se aplica “*para los solos efectos*” de ese código, ello no puede conducir en modo alguno a que la norma especial de competencia contenida en el inciso tercero del artículo 46 del estatuto arbitral deba interpretarse de manera más restringida, pues la amplitud de su margen de aplicación no depende de la especialidad de la norma ni de su interpretación armonizada o no con las reglas generales del CPACA, sino que va ligada a lo que puede y debe entenderse como “*entidad pública*” de acuerdo con la ley y atendiendo a la realidad que hoy revisten tanto la institucionalidad como el ejercicio de la administración pública en Colombia.

Es por ello que el legislador, al expedir el estatuto de arbitraje contenido en la Ley 1563 de 2012, quiso dar un alcance amplio a la competencia del Consejo de Estado frente a los procesos arbitrales en los que resultara comprometida la actividad administrativa del Estado, como anteriormente se anotó, por lo que el criterio de competencia recae sobre el hecho de que se trate de una “*entidad pública*”, sin distinciones sobre si detenta o no personería jurídica, o de entes –también con o sin dicho atributo- que desempeñen funciones administrativas.

Bajo las anteriores premisas, y sobre la base del análisis que a continuación se efectuará, la Sala reitera que el centro de imputación de la responsabilidad contractual en el presente caso, esto es, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, puede ser tenido como “*entidad pública*”, para los efectos previstos en el artículo 46, inciso tercero, de la Ley 1563 de 2012.

Ahora bien, en lo que atañe a los recursos que conforman o integran el aludido fondo público, el artículo 8 de la Ley 91 de 1989 establece lo siguiente:

“El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio estará constituido por los siguientes recursos:

- 1. El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.*
- 2. Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.*
- 3. El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.*
- 4. El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.*
- 5. El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.*
- 6. El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.*



7. *El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.*
8. *Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.*
9. *Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.*
10. *Los recursos que reciba por cualquier otro concepto”.*

Con fundamento en esta norma, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado conceptuó que los recursos del Fomag tienen su origen en el esquema de cotización de la Nación y de las entidades territoriales como empleadores de los docentes públicos y estos como afiliados, así como de la Nación; igualmente, por las sumas con las que se debe responder con el pago de las prestaciones adeudadas. Asimismo, señaló que provienen tales recursos “*de la Caja Nacional de Previsión Social – hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP-, y del Fondo Nacional del Ahorro también con las sumas con la cuales deben contribuir al pago de prestaciones adeudadas a los docentes afiliados. En este contexto, los recursos que ingresan al Fondo -que no provienen de directamente de la Nación o a través de ella- y que corresponden a cuotas partes pensionales, están a cargo de las entidades territoriales y de la hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, todas ellas de naturaleza pública*”²⁹.

Por lo anterior, en lo que concierne al Fomag, a la luz del ordenamiento aplicable no es posible señalar que sus recursos sean *ajenos* al patrimonio de la Nación, y mucho menos que esa circunstancia implique su salida del ámbito público o de la titularidad del Estado. Por el contrario, el artículo 11, literal a) del Decreto 111 de 1996 (compilatorio de las normas del Estatuto Orgánico del Presupuesto), incluye como componentes del presupuesto de rentas de la Nación los fondos especiales, entre los que se encuentran los fondos sin personería jurídica creados por la ley, de conformidad con el artículo 30 *ibídem*³⁰.

²⁹ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil – Concepto del 29 de noviembre de 2012, exp. N° 11001-03-06-000-2012-00017-00(2093). C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo.

³⁰ “El presupuesto general de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) *El presupuesto de rentas contendrá la estimación de los ingresos corrientes de la Nación; de las contribuciones parafiscales cuando sean administradas por un órgano que haga parte del presupuesto, de los fondos especiales, los recursos de capital y los ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional (...)*”. En consonancia con esta norma, el artículo 30 del mismo estatuto señala: “*Constituyen fondos especiales en el orden nacional, los ingresos*



En torno a este punto, la Corte Constitucional precisó³¹:

La Corte tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de los fondos especiales en dos sentencias que han resuelto demandas contra algunos segmentos del artículo 30 EOP. Así, en la decisión C-009/02, ante la acusación que los fondos especiales desconocían la prohibición constitucional de la fijación de rentas de destinación específica, se señaló que ‘el artículo 358 de la Constitución Política y los artículos 11 y 27 del Estatuto Orgánico del Presupuesto consagran la clasificación de las rentas presupuestales, en ingresos corrientes, los cuales comprenden los tributarios (impuestos directos e indirectos) y los no tributarios (tasas y multas) y otros ingresos, constituidos por contribuciones parafiscales, fondos especiales, recursos de capital e ingresos de los establecimientos públicos del orden nacional’ (...). Como se aprecia, de acuerdo con el Estatuto Orgánico del Presupuesto los fondos especiales no son contribuciones parafiscales ni ingresos corrientes en cuanto corresponden a una categoría propia en la clasificación de las rentas estatales. Así mismo, los fondos especiales constituyen una de las excepciones al principio de unidad de caja’.

Agregó que esa comprensión de los fondos especiales como modalidades diferenciadas de rentas nacionales había sido reiterada en la sentencia C-066 de 2003, providencia en la que, a su vez, se señaló que los indicados fondos “no contrariaban la definición constitucional de ingresos corrientes, prevista en el artículo 358 C.P.”, aun cuando se tratara de la exclusión de determinadas rentas, del concepto general de “ingresos corrientes de la Nación”, en razón de su destinación específica.

Por tanto, en el caso del Fomag –fondo especial sin personería-, se trata de recursos que son siempre públicos tanto en su origen, como en su manejo y destinación final³², y mantienen esa calidad tras la constitución de la fiducia mercantil ordenada en la ley, de manera que, al no pasar en absoluto tal patrimonio a la esfera privada y mantenerse bajo la titularidad del Estado, dotado de un órgano directivo integrado por servidores públicos y representado por una entidad estatal³³, el control de su administración y de las demás actividades que estableció la Ley 91 de 1989 le corresponde a esta jurisdicción, incluso en el ámbito del recurso de

definidos en la ley para la prestación de un servicio público específico, así como los pertenecientes a fondos sin personería jurídica creados por el legislador”.

³¹ Sentencia C-617 de 2012.

³² Dada la clasificación hecha en el Estatuto Orgánico del Presupuesto. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha precisado que “Los fondos especiales sin personería jurídica (...) **no son un patrimonio autónomo del organismo o entidad pública al cual están adscritos**, por cuanto son una cuenta de aquel o aquella instituida para cumplir el objetivo específico al cual se destinan los recursos que ingresen al fondo respectivo” (Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de fecha 15 de diciembre de 2014, C.P. Álvaro Namén Vargas).

³³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1227 del Código de Comercio, “[l]os bienes objeto de la fiducia no forman parte de la garantía real de los acreedores del fiduciario y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida”. En armonía con ello, el artículo 1238 del mismo estatuto indica que “[l]os bienes objeto del negocio fiduciario no podrán ser perseguidos por los acreedores del fiduciante”.



anulación contra laudos arbitrales, bajo los presupuestos del ya citado artículo 46, inciso tercero, de la Ley 1563 de 2012.

b) La fiducia mercantil no desvirtúa el carácter público de la convocada

Ahora, dada la connotación del patrimonio autónomo surgido en virtud de la fiducia mercantil, especialmente por la particularidad de que se le puedan imputar cargas y derechos y que en el curso de su administración surjan relaciones obligacionales con terceros, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que esa clase de peculio sea representada judicialmente, lo que comporta una comprensión del patrimonio autónomo como ente o sujeto, pues no obstante que carece de personería jurídica, es pasible de ser representado judicial y extrajudicialmente, en tanto centro de imputación de determinadas responsabilidades de orden económico, tal como ocurre con la generalidad de las personas jurídicas en sus distintas relaciones y negocios.

Al respecto, es del caso referir lo que ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que en alusión a la vocación procesal del patrimonio autónomo, explicó³⁴:

[L]os patrimonios autónomos (...) se denominan así justamente porque teniendo vida propia, así sea de manera transitoria como suele ser, están destinados a pasar en definitiva a alguna persona natural o jurídica, o a cumplir una finalidad, aplicación o afectación específica; y si bien no se les ha conferido personalidad jurídica, lo cierto es que su presencia ha dado lugar a gran cantidad de operaciones y relaciones de derecho en el tráfico comercial de inocultable utilidad socio- económica, las cuales tanto pueden transcurrir pacíficamente como ser objeto de controversias o litigios (...).

Ahora bien, que sea autónomo el patrimonio que se integra a propósito de la constitución de una fiducia mercantil (...) y que no tenga personalidad jurídica, no significa a su vez que no está al frente de él ninguna persona que intervenga y afronte justamente las relaciones jurídicas que demanda el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente. A ese respecto no puede pasarse por alto que por tal fiducia 'se transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario', (...) lo cual significa, ni más ni menos, que quien como persona jurídica ostenta esa calidad, es quien se expresa en todo lo que concierne con el patrimonio autónomo..

*Ciertamente, como se ha indicado, el patrimonio autónomo no es persona natural ni jurídica (...) pero cuando sea menester deducir en juicio derechos u obligaciones que lo afectan, emergentes del cumplimiento de la finalidad para la cual fue constituido, **su comparecencia como demandante o como demandado** debe darse por conducto del fiduciario (...).*

*[S]i es precisamente con ocasión del ejercicio o los actos que celebra (el fiduciario) en busca de obtener la finalidad perseguida en la fiducia mercantil, para lo cual le fue transferido el dominio de los bienes que integran el correspondiente patrimonio autónomo, **la cuestión no atañe estrictamente***

³⁴ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de agosto de 2005, expediente 1909. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.



con el presupuesto de capacidad para ser parte (...) sino con la legitimación en la causa, habida consideración de que, como lo señala también un autor nacional, 'el fiduciario es titular de un derecho real especial, en cuanto está dirigido a unos fines negociales predeterminados por el fideicomitente en el negocio fiduciario' (destaca la Sala).

Igualmente es pertinente anotar que en el caso específico del Fomag, dada la regulación establecida en la Ley 91 de 1989 para su administración, la fiducia mercantil allí prevista responde a la clasificación doctrinal de “*fiduciaria de administración*”, respecto de la que se ha dicho³⁵:

Surge de la definición de fiducia que trae el Código de Comercio, cuando se refiere a la transferencia del dominio de uno o más bienes especificados a una sociedad fiduciaria, quien se obliga a administrarlos de acuerdo con lo previsto en el acto constitutivo. Toda clase de bienes muebles, inmuebles, valores, activos de una sociedad en concordato o en liquidación obligatoria, etc., puede ser transferida para los fines de la administración. E igualmente, para hacer pagos a terceros con sujeción a las instrucciones impartidas por el fiduciante.

Así entonces, la ley, la jurisprudencia y la doctrina reconocen que la fiducia mercantil entraña una transferencia del dominio de los bienes fideicomitados, operación que si bien no involucra el ingreso de esos bienes al patrimonio del fiduciario, le otorgan a este una especie de titularidad para los especialísimos fines de ese negocio mercantil, conforme al artículo 1234 del C. Comercio³⁶, circunstancia que resulta relevante en la órbita de la administración pública cuando la sociedad fiduciaria celebra el contrato de fiducia mercantil sobre unos recursos enteramente públicos³⁷.

En todo caso, siendo el patrimonio autónomo –en este caso, el Fomag- el centro de imputación de la responsabilidad contractual surgida por el acuerdo de voluntades materia de controversia, la verificación de sus particulares características -todas ellas remitidas al manejo de recursos que no dejan de ser públicos en ningún momento, ni aún por la constitución de la fiducia- permite establecer que se encuadra en el presupuesto de competencia del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, por cuanto se trata de un estamento ciertamente público (*entidad pública*), que a través de su representante –la sociedad fiduciaria- intervino en el contrato materia del proceso arbitral³⁸.

³⁵ BONIVENTO F., José. *Los principales contratos civiles y comerciales*, Edic. 9, Tomo II, 2017. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional.

³⁶ Justamente, frente a los patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia, el artículo 1234 del Código de Comercio radica en cabeza del fiduciario la obligación de “*llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitados*”.

³⁷ “*La fiduciaria no es simplemente vocera del patrimonio autónomo; se es vocero de otro sujeto en ejercicio de una representación contractual o legal. La Fiduciaria, en el contrato de fiducia, si quiere decirse así, es vocera de sí misma, en ejercicio de los actos de administración y de disposición de un patrimonio fideicomitado*” (Tribunal de arbitramento de Vías Canales y Puertos Ltda. vs. Fiduciaria Tequendama S.A. Laudo del 4 de mayo de 2000. Citado por BONIVENTO F., José, Ob. cit., p-473).

³⁸ La Corporación se ha pronunciado de tiempo atrás sobre la naturaleza del Fomag y de las funciones que la ley le asigna, así como la necesidad prevista por el legislador, de procurar que sus recursos sean administrados por una fiduciaria estatal.



c) La controversia arbitral – Asunto no excluido del conocimiento de esta jurisdicción

El artículo 105, numeral 1 del CPACA establece que no son del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, entre otros, los asuntos relativos *“a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades (...).”*

En criterio de la Sala, la exclusión anotada no tiene aplicabilidad en materia de laudos arbitrales en los que sea parte el Fomag, y se discutan los contratos celebrados por Fiduprevisora S.A. como su representante y vocera porque, se insiste, las obligaciones derivadas de contratos como el de prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-111-2012 del 2 de agosto de 2012 recaen en el Fomag y, por tanto, no se refieren a los negocios que celebra la Fiduciaria en su propio interés patrimonial.

Se insiste: los contratos de prestación de servicios médico-asistenciales celebrados por Fiduprevisora S.A. como administradora del Fomag no comprometen ni afectan el patrimonio de la Fiduciaria; las responsabilidades y cargas económicas correspondientes recaen sobre los recursos del Fondo -que justamente, por esta razón se considera la parte interviniente en el proceso arbitral que dio origen a este recurso, como ya se anotó-, los cuales provienen de la Nación y de otras entidades del Estado, y si bien son administrados por Fiduprevisora S.A., sobre su destinación

Sobre tales materias, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha señalado: *“[L]as funciones que se atribuyen al FOMAG por la Ley 91 de 1989 corresponden al cumplimiento de obligaciones que la misma ley le asigna, las cuales se encuentran directamente relacionadas con la prestación de un servicio público como es el de la educación (pago de prestaciones sociales a los educadores) o la efectividad de un derecho fundamental (garantizar la prestación del servicio médico asistencial a los afiliados), entre otras, funciones que son típicamente administrativas (...).*

Si a lo anterior [es decir, la integración del Consejo Directivo con Ministros] agregamos que por definición el Fomag es un sistema presupuestal de manejo de recursos públicos, debe concluirse que dicho Fondo se encuentra sometido a las reglas del derecho público y a los principios que rigen la función administrativa en su constitución, manejo de recursos, funcionamiento y cumplimiento de las obligaciones asignadas por ley.

El contexto fáctico y jurídico descrito explicaría la razón por la cual originalmente la Ley 91 de 1989 estableció que el manejo de los recursos del FOMAG destinado al cumplimiento de las funciones administrativas a él asignadas estaría a cargo de una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tuviera más del 90% del capital. Se trata de acudir a una entidad pública que hace parte de la estructura del Estado para aunar recursos y esfuerzos estatales destinados específicamente al cumplimiento también de unos fines estatales (pago de prestaciones sociales a los educadores y prestación de seguridad social en salud para tales servidores), por lo que indudablemente se está en presencia de una relación jurídica cuyo nacimiento, ejecución y finalidad se fundamenta en el derecho público”. (Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de fecha 15 de diciembre de 2014, C.P. Álvaro Namén Vargas).



toma decisiones una instancia especial, cual es el Consejo Directivo del Fomag, integrado por servidores públicos, dos de ellos del Gobierno Nacional.

En ese orden de ideas, como el contrato de prestación de servicios médicos aludido se entiende celebrado por el Fomag, aunque a través de su representante y vocera -Fiduprevisora S.A-, no hay lugar a excluir el conocimiento de este recurso en los términos del artículo 105 de la Ley 1437. Asimismo, en línea con la tesis que aquí se ha expuesto, toda vez que quien celebró el contrato en cuestión fue el Fomag, es claro que este no es una entidad financiera, aseguradora ni intermediaria de seguros o de valores vigilados por la Superintendencia Financiera³⁹.

d) Conclusión

De lo expuesto en este acápite se colige que, bajo los presupuestos del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, esta Sala es competente para conocer del recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral que se resolvió la controversia que se suscitó entre la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., que actuó como representante y vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag-, y la unión temporal Magisalud 2, con ocasión del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-111-2012 del 2 de agosto de 2012. Ello en consideración a que es sobre el Fomag, que en los términos del artículo Ley 91 de 1989, artículo 3, es una *“cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica”*, sobre quien recaen las obligaciones de la decisión y es, por ende, el centro de imputación jurídica del contrato celebrado por su vocera y representante y, en tal sentido, hay lugar a concluir que fue dicho Fondo quien *“intervino”* en la controversia que dio origen a este recurso y que para los efectos de la indicada norma, debe entenderse como *“entidad pública”*.

4. El recurso extraordinario de anulación: naturaleza y características

La Sección Tercera del Consejo de Estado se ha referido a la naturaleza, las características y las particularidades que identifican esta clase de impugnaciones extraordinarias⁴⁰, aspectos que se concretan de la siguiente manera:

³⁹ La exclusión del artículo 105 del CPACA sí resulta aplicable cuando se trate de recursos de anulación que resuelvan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras o intermediarias de seguros o valores, que correspondan al giro ordinario de sus negocios, pero en los que esas entidades sean parte real del correspondiente litigio y, en consecuencia, recaigan sobre ellas los efectos de la decisión arbitral.

⁴⁰ Reiteración jurisprudencial: al respecto pueden consultarse las sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34.071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34.594; de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, entre muchas otras.



i) El recurso de anulación de laudos arbitrales es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.

ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral, en principio, por errores *in procedendo*, por lo cual a través de él no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, esto es, errores *in iudicando*. Ello significa que no le es dable al juez del laudo examinar si el tribunal de arbitramento obró o no de acuerdo con el derecho sustancial, ni tampoco revivir un nuevo debate probatorio o entrar a considerar si hubo un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente tribunal, dado que el juez de la anulación no ha sido instituido como superior jerárquico o funcional del tribunal arbitral y, como consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo, al punto de poder modificar las decisiones plasmadas en el laudo por el hecho de que no comparta sus criterios o razonamientos.

iii) Excepcionalmente, el juez de la anulación podrá corregir o adicionar el laudo, pero solo en aquellos específicos eventos en que prospere la causal de anulación por incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos, así como por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con la causal de anulación prevista en el numeral 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

iv) Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado "*principio dispositivo*", por cuya virtud debe limitarse exclusivamente a resolver sobre lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación de su respectivo recurso. A su vez, el objeto que con dicho recurso se persigue se debe encuadrar dentro de las precisas causales que la ley consagra⁴¹, por lo que, en principio, no le es permitido al juez de la anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir causales no invocadas y, menos aún, para pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación⁴².

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de agosto de 1994, exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, exp. 6751, M.P. Juan de Dios Montes, reiteradas en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 32.871, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Hernán Andrade Rincón.



v) El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; *“tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rígidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados”*⁴³.

vi) Dado el carácter restrictivo que identifica el recurso extraordinario de anulación, su procedencia se encuentra condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que se invocan en forma expresa, las cuales deben tener correspondencia con aquellas que de manera taxativa consagra la ley para ese efecto; por tanto, el juez de la anulación, en principio, debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas expresamente en la ley –artículo 41 de la Ley 1563 de 2012–.

Cabe agregar que la jurisprudencia constitucional ha recalcado las características del proceso arbitral, su sujeción al principio dispositivo y las limitaciones del recurso extraordinario de anulación contra el laudo que lo resuelve, al indicar⁴⁴:

La Corte Constitucional ha considerado que el arbitramento es un mecanismo idóneo no únicamente para descongestionar los despachos judiciales, sino también para lograr que las partes en forma pacífica pongan fin a sus controversias.

Bajo este entendido, se ha considerado el arbitramento como un ‘mecanismo alternativo de solución de conflictos’ que ‘implica la derogación que hacen las partes de la jurisdicción que, en cabeza de los jueces ejerce el Estado, para que frente a un conflicto determinado o precaviendo uno futuro, sean terceros distintos de los jueces, quienes con carácter definitivo resuelvan la controversia suscitada, mediante una decisión –fallo arbitral- que al igual que las decisiones de los jueces de la República, haga tránsito a cosa juzgada’.

5. Problema jurídico – Los cargos de anulación

En el presente caso, le corresponde a la Sala establecer si al laudo arbitral objeto de recurso se le pueden atribuir los vicios referidos en el artículo 41, numerales 1, 2, 6, 7, 8 y 9 de la Ley 1563 de 2012⁴⁵, es decir, si el laudo debe ser anulado por

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 15 de mayo de 1992, exp. 5326, posición reiterada en sentencia de 25 de agosto de 2011, exp. 38.379, M.P. Mauricio Fajardo Gómez

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-714 del 17 de octubre de 2013.

⁴⁵ “Son causales del recurso de anulación:

1. La inexistencia, la invalidez o inoponibilidad del pacto arbitral.
2. La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia (...).
6. Haberse proferido el laudo o la decisión sobre su aclaración, adición o corrección después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral.



cimentarse sobre una cláusula arbitral ilegal, haberse proferido por un tribunal carente de competencia, por fuera del término legal y con decisiones adoptadas en conciencia debiendo ser en derecho; incurrir en disposiciones contradictorias y errores aritméticos, y haber recaído sobre aspectos no sometidos a la decisión de los árbitros.

En efecto, la parte recurrente formuló cinco cargos contra el laudo arbitral, en los que invocó las causales de anulación contenidas en la norma mencionada, así:

- Primer cargo: Corresponde a las causales primera y segunda de la norma, aducidas por la entidad convocada al considerar que el laudo se fundó sobre un pacto arbitral ilegal y, de contera, fue dictado por un tribunal carente de competencia.
- Segundo cargo: Alusivo a las causales segunda y sexta de la norma, configuradas según el recurrente, por haberse dictado el laudo después de haber vencido el término legal del proceso de arbitramento, de suerte que el tribunal emitió la providencia cuando ya no era competente para ello.
- Tercer cargo: Se invoca la causal séptima de anulación, consistente en haberse proferido un laudo en conciencia, debiendo ser en derecho. Para el censor, este vicio se configuró por los supuestos errores en que incurrió el tribunal al valorar una prueba pericial que no fue practicada ni complementada con arreglo a la ley, y por no haber aplicado las reglas relativas al juramento estimatorio, en cuanto no impuso la sanción prevista en el artículo 206 del CGP, habiéndose cumplido el supuesto para ello.
- Cuarto cargo: Que pregona la ocurrencia de la causal octava de anulación por cuanto, según se expone en el recurso, la cuantía del juramento estimatorio superó el monto de los perjuicios demostrados en el proceso, en porcentaje superior al 50%, pese a lo cual, el tribunal concluyó que la diferencia era inferior a ese límite y se abstuvo de imponerle a la parte convocante la sanción establecida en el artículo 206 del CGP.

7. *Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.*

8. *Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*

9. *Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.”.*



- Quinto cargo: Referente a la causal novena de anulación, que para el censor quedó configurada por la interpretación oficiosa de la demanda arbitral, amén de la cual el colegio de árbitros concluyó que las pretensiones atinentes al incumplimiento de la cláusula cuarta del contrato se referían realmente a la cláusula quinta, contentiva de las obligaciones de la entidad convocada.

La Sala analizará y resolverá cada uno de estos cargos planteados por el recurrente, como sigue.

5.1. Análisis de la Sala

a) De la aplicación de los dos últimos incisos del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 – Improcedencia de los cargos primero y segundo del recurso

Como se anotó, la entidad convocada –hoy recurrente- invocó, entre otras, las causales 1, 2 y 6 de anulación del laudo arbitral, respecto de las cuales, el artículo 41 del estatuto arbitral establece en sus dos últimos incisos:

Las causales 1, 2 y 3 sólo podrán invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de ellas mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia.

La causal 6 no podrá ser alegada en anulación por la parte que no la hizo valer oportunamente ante el tribunal de arbitramento, una vez expirado el término.

No obstante, ninguno de estos requisitos de procedibilidad del recurso de anulación por las indicadas causales fue cumplido por la parte que impugnó el laudo, pues el auto de fecha 27 de febrero de 2019, en el que el tribunal arbitral declaró su propia competencia, no fue objeto de recurso alguno, y al llegar la fecha en que según la convocada vencía el término del arbitramento –es decir, el 18 de marzo de 2020-, Fiduprevisora S.A. guardó silencio sobre la configuración de la causal 6.

Con todo, a efectos de que en la presente instancia se examinen las indicadas causales 1, 2 y 6 pese al incumplimiento de las cargas impuestas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, el censor expuso que en el presente caso debía tenerse por inconstitucional lo dispuesto en los dos incisos finales de la aludida norma, puesto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional era reiterada en cuanto al carácter insaneable de la nulidad derivada de la falta de competencia de quien tramita el proceso y emite sentencia.

Agregó:

Esa inconstitucionalidad es palmaria no solamente por ir en contra de las normas invocadas por la Corte Constitucional en las sentencias mencionadas, vale decir los artículos 29, 241 y 243 de la Constitución, sino, también, por ir en contravía del principio del ‘juez natural’, consagrado además del artículo 29 constitucional en los artículos 1, 8, numeral 1, 26 y 29, literales a, b y d, de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 2, numerales



1 y 2 y 14, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales, sobra indicarlo, son obligatorios para Colombia, por virtud del artículo 93 de la Constitución.

Y la inaplicabilidad de normas inconstitucionales por vía de excepción, se encuentra inmersa en el principio contenido en el artículo 4º de la Constitución, al punto de haber sostenido la Corte Constitucional desde la sentencia C-104 de 1993 que las disposiciones de rango inferior que fueren contrarias a la Carta Política, pueden ser objeto de inaplicación.

Adicionalmente, manifestó que el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 había sido derogado tácitamente por el Código General del Proceso, puesto que, por una parte, los artículos los artículos 13, 16 y 138 de dicho estatuto establecían que las normas procesales eran de orden público y recalcaban la improrrogabilidad de la competencia de los jueces, así como el carácter insaneable de la nulidad ocurrida por falta de jurisdicción y competencia, y por otro lado, el artículo 626 del mismo Código determinaba la derogatoria de todas las normas que le fueran contrarias.

Por último, manifestó que, aún si se tuvieran por vigentes y ajustados a la Constitución Política los apartados finales del artículo 41 mencionado, en el presente caso no le era exigible a la entidad convocada el cumplimiento de los requisitos previstos en tales disposiciones, puesto que la providencia del Consejo de Estado con base en la cual se alegaba la ilegalidad del pacto arbitral y la consiguiente falta de competencia del tribunal de arbitramento, fue proferida el 18 de julio de 2019, cuando el proceso ya se encontraba en curso y había expirado la oportunidad de interponer recursos contra el auto de asunción de competencia.

Adujo:

En el numeral 31 de la providencia emitida el 18 de julio de 2019 (...) dentro del expediente 25000-23-36-000-2017-00601- 01(62930) (...) indicó el Honorable Consejero que existen varias providencias del Honorable Consejo de Estado, en las cuales se ha sostenido que las 'cláusulas escalonadas' en materia de solución alternativa de controversias, van en contravía del artículo 13 del Código General del Proceso (...).

Resulta evidente que la cláusula así estipulada incurre en el vicio indicado en el numeral 28 visible en la página 11 de la providencia dictada por el Honorable Consejo de Estado el 18 de julio de 2019, dentro del expediente 25000-23-36-000-2017-00601- 01(62930), donde se sostuvo la inviabilidad legal de aceptar tal tipo de cláusulas (...).

[E]s viable indicar que la falta de jurisdicción y de competencia puede corresponder a hechos ocurridos antes de la instauración de la controversia o posteriores a la misma (...).

[E]n eventos de pérdida de jurisdicción o de competencia sobrevinientes, como los que se acaban de señalar, o de modificación de reglas jurisprudenciales aplicables al caso, resulta imposible exigir a las partes cumplir con la carga contemplada por el penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 y ello hace que dicha norma, así se descartaren sus vicios de inconstitucionalidad



(...) y no se aceptare su derogatoria, en todo caso resulte imposible de aplicar en forma automática en todos los casos.

Lo analizado hace que, así se descartaren los vicios de inconstitucionalidad y de vulneración a compromisos internacionales contraídos por el Estado Colombiano y se desechare la derogatoria tácita de ese penúltimo inciso del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la carga procesal contemplada en dicho inciso resulta inaplicable para el presente caso.

- Para la Sala no resultan de recibo los argumentos del impugnante, encaminados a que se le exima de los deberes que le asistían como sujeto procesal y de las consecuencias de su incuria; pues no se encuentra mérito para señalar que alguno de los apartados del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 se oponga a la Constitución o haya sido derogado por el ordenamiento, mucho menos hay lugar a concluir que la norma aludida resulte inaplicable en el *sub lite* porque la supuesta falta de competencia del tribunal arbitral fue sobreviniente y posterior a la providencia del 27 de febrero de 2019, en la que el colegio de árbitros declaró su habilitación procesal y legal para dirimir la controversia.

Con respecto a la supuesta excepción de inconstitucionalidad que, en sentir del recurrente, debe aplicarse en el presente caso frente al artículo 41, incisos finales, de la Ley 1563 de 2012, se advierte en primer término que es inexistente la contradicción que se alega entre dichos cánones normativos y los artículos 29, 241 y 243 de la Constitución Política, pues de ninguna manera los preceptos cuestionados por el impugnante se oponen al debido proceso ni a las funciones de la Corte Constitucional –a que se refiere el artículo 241 superior-, como tampoco desconocen la naturaleza de los fallos proferidos por ese máximo Tribunal –tema regulado en el artículo 241-.

Ahora, el censor también invoca como fundamento de la alegada excepción de inconstitucionalidad los artículos 8-1, 26 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁶ y los artículos 2-1, 2-2 y 14-1 del Pacto Internacional de

⁴⁶ “Artículo 8: Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

“Artículo 26. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (...).”.

“Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;



Derechos Civiles y Políticos. No obstante, no indica la forma en que la aplicación del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 en el presente asunto resultaría contraria a tales normas superiores, o afectaría los derechos consagrados en dichos mandatos del bloque de constitucionalidad, y tampoco se advierte por esta Sala, disparidad alguna entre el artículo reprochado y los derechos y principios previstos en los referidos tratados internacionales. En este punto, cabe anotar que los derechos fundamentales relacionados con el acceso a la administración de justicia y el debido proceso no implican, de ninguna manera, la prohibición de que la ley les imponga determinadas cargas y deberes a quienes son parte en un proceso. Tales exigencias deben ser satisfechas por quien acude a las vías judiciales, pues el ejercicio de derechos implica la asunción de responsabilidades, máxime si la actuación judicial no reviste un carácter sancionatorio ni fue iniciada por el Estado en persecución penal o de cualquier índole contra un administrado, sino que se ha acudido a la instancia jurisdiccional –formal o transitoria- con el propósito de reivindicar o defender intereses económicos y particulares⁴⁷.

Por tanto, las cargas impuestas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, en sus dos últimos incisos, en nada se oponen a las garantías del bloque de constitucionalidad ni al pleno ejercicio de los derechos fundamentales al debido proceso y a un recurso judicial efectivo, de suerte que no hay lugar a señalar que la norma mencionada es incompatible con los cánones constitucionales, mucho menos que en razón de ello resulta inaplicable en el *sub judice*.

En cuanto a la derogatoria tácita del penúltimo inciso del artículo 41 citado, la misma es claramente inexistente. Es infundada la alegación que sobre este punto hace el impugnante del laudo arbitral, pues la norma cuestionada no se opone a las reglas del Código General del Proceso relativas a la competencia de los jueces o a los vicios que afectan ese presupuesto para el ejercicio de la jurisdicción.

Así, al señalar el legislador que las causales 1, 2 y 3 de anulación del laudo arbitral solo pueden invocarse si el censor las hizo valer mediante recurso de reposición

c) *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

d) *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.*

⁴⁷ Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado: “[E]l proceso, como mecanismo a través del cual se materializa el derecho de acceso a la administración de justicia, inexorablemente conlleva la existencia de ciertas obligaciones de índole procesal o sustancial que la ley puede distribuir entre las partes, el juez o incluso terceros intervinientes, ya sea para asegurar la celeridad y eficacia del trámite procesal, proteger a las mismas partes e intervinientes o bien para prevenir situaciones que impliquen daño o perjuicio injustificado a todos o algunos de ellos. Teniendo en cuenta que el ejercicio de todos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades, ello no es más que una concreción del mandato previsto en el artículo 95-7 de la Carta Política, según el cual son deberes de la persona y del ciudadano ‘colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia’ (Sentencia C-086 del 24 de febrero de 2016).



contra la providencia de asunción de competencia, no está desestimando la invalidez de las actuaciones surtidas sin ese presupuesto procesal, sino que recalca que, si es una de las partes la que considera que el juez no era competente y pretende alegarlo en sede de anulación del laudo, debe cumplir previamente con esa carga específica para que proceda su alegación.

Justamente, el Código General del Proceso y en general, las normas procesales, se encaminan a la solución temprana y oportuna de los yerros que puedan afectar la actuación y provocar un desgaste innecesario a la administración de justicia, daño este que repercute en los legítimos derechos de las partes y de los demás usuarios del aparato jurisdiccional. Por ello, el estatuto procesal, al igual que la Ley 1563 de 2012 —esta última, naturalmente restringida al ámbito del proceso arbitral—, le impone a la parte que no alegó oportunamente la nulidad procesal, aceptar y asumir las resultas del proceso que cursó en concomitancia con el vicio no alegado.

Ahora, tratándose de una nulidad insaneable, como lo es la originada en la falta de competencia del juez que tramitó la causa, es palmario que, de acuerdo con las reglas procesales generales, la misma puede ser declarada de oficio. Sin embargo, ello no implica que en la esfera especial del proceso arbitral, la parte interesada en alegar el vicio esté exenta de la carga de interponer el recurso respectivo contra el auto de asunción de competencia, pues con ello ha de prestar su colaboración precisamente para evitar desde los albores del proceso la configuración de nulidades y se le conmina a obrar de buena fe y observar sus deberes de lealtad procesal.

En este punto cabe recalcar que la normativa que gobierna a la justicia formal es diferente a la que rige la justicia arbitral puesto que esta, si bien está autorizada por la Constitución y regulada por la ley, no opera por una suerte de institucionalización legal sino por habilitación de las partes, a través de un contrato contentivo del pacto arbitral, de manera que la noción de competencia que se predica de los árbitros entraña una naturaleza y unos elementos distintos a los de la competencia que se les reconoce a los jueces de la República.

Al respecto, destaca la doctrina⁴⁸:

[E]l Código General del Proceso (...) distingue la jurisdicción ordinaria de otras jurisdicciones y dentro de la jurisdicción ordinaria distingue especialidades jurisdiccionales como la civil, lo cual permite distinguir la falta de jurisdicción (...) de la falta de competencia (asuntos atribuidos a otra especialidad diferente a la civil). Por fuera de esta distinción (...), la doctrina procesal tradicionalmente ha definido la competencia como la medida de la jurisdicción distribuida legalmente desde unos criterios o factores (objetivo, materia y cuantía, subjetivo, funcional,

⁴⁸ MONTAÑO B., Julia y CARDONA G., Pedro. *Arbitraje Nacional*. Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 2017, p-177.



territorial y de conexidad), entre quienes constitucionalmente están investidos de jurisdicción.

Los conceptos y criterios anteriores no son aplicables al derecho arbitral, por cuanto la 'jurisdicción' de los árbitros se deriva del negocio jurídico existente y válido de acudir al arbitraje para la solución de controversias, en tanto que la competencia se refiere al ámbito material de la decisión, entendido este como el análisis de sus límites frente a esas controversias, sometidas por las partes que acordaron el pacto arbitral. Es decir, estas causales [se refiere a la caducidad, la falta de jurisdicción y la falta de competencia] están referidas a la falta de habilitación y a la no arbitrabilidad del asunto conflictivo sometido al tribunal (...), por manera que de conformidad con el art. 1 de la Ley 1563 de 2012, se configuraría esta causal de nulidad cuando el laudo recaer sobre asuntos que no son de libre disposición o indisponibles no autorizados legalmente o que su sometimiento al arbitraje esté prohibido expresamente por la ley.

Por tanto, es palmario que las reglas del Código General del Proceso sobre el carácter insaneable de la nulidad por falta de competencia no comporta la derogatoria tácita de los dos últimos incisos del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, pues, además de no existir contradicción alguna entre unas y otras disposiciones, los presupuestos y escenarios de aplicación de tales normas son sustancialmente disímiles.

Por último, la Sala se aparta del planteamiento hecho por el recurrente, en cuanto a que la carga impuesta en el penúltimo inciso del comentado artículo 41 no le era imponible en el caso concreto porque la falta de competencia del tribunal sobrevino cuando el proceso ya se encontraba en curso, amén de que, según su dicho, la razón fundante de la invalidez del pacto arbitral –que en sentir del censor afectó la competencia de los árbitros- solo fue fijada por el Consejo de Estado en auto del 18 de julio de 2019.

Cabe anotar que la providencia dictada por la Sección Tercera – Subsección B del Consejo de Estado el 18 de julio de 2019, se refirió a los pronunciamientos previos de la jurisprudencia, en los que se destacó la ineficacia y eventual invalidez de las “cláusulas patológicas”, definidas como aquellas que por su ambigüedad o por la carencia de determinados elementos esenciales, impiden que sea clara e inequívoca la voluntad de las partes para acudir al arbitramento y que por ello el asunto se sustraiga del conocimiento de la justicia institucional⁴⁹.

⁴⁹ Señaló la providencia: “En relación con los fenómenos que pueden llegar a afectar la eficacia del pacto arbitral, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado el concepto de ‘cláusula patológica’, que refiere a deficiencias de tal magnitud en su elaboración, que no le permiten la producción de efectos y, en consecuencia, impiden que derogue temporalmente la jurisdicción a la que le correspondía el conocimiento del asunto. Sobre el particular esta Corporación ha manifestado (se transcribe):

‘Cuando el pacto arbitral no se encuentra debidamente redactado o presenta deficiencias, y ello dificulta su aplicación en el caso concreto, se está en presencia de una cláusula patológica, la cual podrá tener o no eficacia, dependiendo del tipo de yerro y la posibilidad de dar prevalencia a la voluntad de las partes sobre el defecto de la misma’.



Aunque la convocada pretenda señalar que el tribunal arbitral ostentaba habilitación para proceder al inicio del proceso pero “perdió” la competencia con el pronunciamiento del Consejo de Estado del 18 de julio de 2019, no se puede aceptar este razonamiento por no acompañarse con el orden jurídico. En este punto, se comienza por precisar que las causales de nulidad de los contratos –como las cláusulas compromisorias y los pactos arbitrales- solo las fija el legislador⁵⁰ y no los jueces de la República, pues solo aquel es el competente para establecer los requisitos esenciales de los actos jurídicos y la validez de estos depende, precisamente, de que se ajusten a los presupuestos establecidos por la ley misma. Por ello resulta impropio afirmar que por la vía jurisprudencial –y menos aún a través de auto- se puedan establecer nuevas causales de invalidez de las cláusulas compromisorias o modificarse el régimen de nulidades previamente existente, al punto que una nueva postura sentada por las Cortes afecte *ipso facto* la competencia de los árbitros en los procesos que se encuentren en curso, merced a una “nueva causal” de nulidad del pacto arbitral, inicialmente válido, o a nuevas interpretaciones que incidan en el tiempo, sobre la validez de la cláusula.

Por lo demás, el propio impugnante adujo en el recurso que la providencia del 18 de julio de 2019 refirió pronunciamientos previos del Consejo de Estado, relativos a la invalidez de las que denominó “cláusulas escalonadas”, lo cual desvirtúa que la postura supuestamente nueva, plasmada en el auto del 18 de julio de 2019, fuera determinante para que solo a partir de esa fecha, el tribunal de arbitramento perdiera la competencia para conocer del proceso y no le fuera posible a la convocada alegar el vicio respectivo, antes de la expedición del mencionado auto por parte de esta Corporación.

Tales planteamientos contradictorios e infundados del recurrente, aunados a su insistencia en que se le exima de las consecuencias de su incumplimiento frente a

Ahora bien, uno de los eventos en que se ha reconocido la presencia de una irregularidad es el de las denominadas cláusulas potestativas, situación que tiene lugar cuando las partes no pactan en términos obligatorios —de manera clara e inequívoca— someter el conocimiento de sus controversias a la justicia arbitral. Éste es uno de los casos en los que la deficiencia en la elaboración de la cláusula es de magnitud tal, que ‘su existencia no puede deducirse por vía interpretativa’. Sobre las cláusulas compromisorias potestativas el Consejo de Estado ha manifestado (se transcribe): “Distintas son las cláusulas compromisorias potestativas, es decir aquellas en que las partes acuerdan acudir o no al arbitramento de forma condicional pero sujeta la condición a la sola voluntad de las partes.

“Este tipo de cláusulas compromisorias no son válidas y, por lo tanto, no tienen la virtualidad para sustraer la controversia de la jurisdicción estatal, toda vez que el artículo 1535 del Código Civil determina que son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición meramente potestativa, es decir, las que consisten en la sola voluntad de la persona que se obliga (...).”

⁵⁰ De conformidad con el artículo 150 de la Constitución Política: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones (...):
2-. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones”.



las cargas procesales que le incumbían, contradicen los deberes de lealtad procesal que el ordenamiento le impone.

Por las anteriores razones, la Sala se abstendrá de examinar y resolver los cargos primero y segundo del recurso interpuesto por la parte convocada contra el laudo arbitral, por referirse tales formulaciones a causales de anulación cuya procedencia estaba sujeta al cumplimiento de los requisitos previstos en los dos últimos incisos del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, que fueron inobservados por el impugnante, sin justificación legal alguna.

b) Cargo tercero - Causal 7: Fallo en conciencia

El arbitraje en derecho constituye la regla general aplicable a la contratación estatal, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1563 de 2012, que preceptúa:

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.

En el análisis de las causales de anulación –y concretamente en la causal por fallo en conciencia– ha de tenerse presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política⁵¹, al pactar la cláusula compromisoria, las partes del contrato estatal habilitan a los árbitros para resolver las eventuales controversias –previamente delimitadas y establecidas en el pacto arbitral– y, por ende, renuncian a someter tales conflictos al aparato jurisdiccional estatal, vale decir, se sustraen de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. De allí se desprende que la intervención de esta última jurisdicción, como juez de anulación, es restringida.

Al respecto, la Sala reitera su jurisprudencia:

[E]n lo que a la equidad se refiere, cabe sostener que cuando el artículo 230 de la Constitución Política⁵² hace referencia a ella, en la actividad de administrar Justicia, está haciendo alusión a un principio fundamental que orienta la labor de los Jueces – y, en su caso de los árbitros- y a un criterio auxiliar que debe ser utilizado para llenar los vacíos legislativos. La equidad cobra fuerza en aquellos eventos en los cuales, por ejemplo, no existe regla concreta de derecho que resulte aplicable a un determinado asunto ‘pues en virtud del

⁵¹ “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁵² Cita original de la sentencia: “Artículo 230 C.P. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.



principio de la plenitud hermenéutica del orden jurídico, consagrado por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, el juez debe acudir a los criterios auxiliares para decidir la controversia realizando los valores que comportan el fin último del derecho⁵³. Un caso de ejemplo acerca del criterio de equidad, se presenta a menudo en la definición de las fórmulas matemáticas a las que el Juez suele acudir para liquidar los perjuicios, en asuntos sobre los cuales no existe ley ni regla contractual que le defina las operaciones en orden a llegar a una cifra razonable y proporcionada con el daño o con el desequilibrio económico causado. Es evidente que no por ello podrá invocarse la configuración del fallo en equidad como causal de anulación del laudo arbitral, en la medida en que se integre esa formulación matemática a las normas legales y a los acuerdos contractuales, toda vez que no se configurará allí el apartamiento del derecho aplicable.

(...)

Por otra parte, en materia probatoria se advierte que, siendo el proceso arbitral de única instancia, la causal de anulación del laudo arbitral referida al fallo en conciencia (...) no se puede estructurar rebatiendo el análisis de las pruebas que realizó el Tribunal de Arbitramento⁵⁴.

De modo que el fallo en conciencia se identifica con la proposición “*ex equo et bono*” porque el panel arbitral, al margen de un parámetro normativo o legal, aplica criterios axiológicos como los de “*lo correcto o lo bueno*”, ateniéndose a su leal saber y entender. En otros términos, la causal del fallo en conciencia opera cuando el tribunal de arbitramento profiere el laudo apartándose del sistema jurídico, normativo o probatorio.

En este punto, la Sala reitera su jurisprudencia, en la que se hizo un recorrido histórico sobre la mencionada causal de anulación, y se sintetizó su contenido y alcance en los siguientes términos:

Lo expuesto hasta este momento permite afirmar que el estado actual de la jurisprudencia en torno al fallo en conciencia (...) es el siguiente:

1.- El arbitraje en Colombia puede ser en derecho, técnico o en equidad, pero en materia de contratos estatales solo están permitidas las dos primeras modalidades enunciadas, de modo que el arbitramento en equidad está proscrito en conflictos de esta índole, no así en los conflictos que se suscitan entre particulares, porque así lo permite, de manera general, el inciso final del artículo 116 de la Constitución Política⁵⁵ (...).

3.- Existen diferencias entre el laudo en conciencia y el laudo en equidad y, desde luego, entre estas dos especies y el laudo en derecho.

La causal de anulación conocida como ‘Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho’ comprende, en materia de contratación estatal, tanto los laudos proferidos en conciencia, como los laudos en equidad.

⁵³ Cita original de la sentencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), 27 de mayo de 2015, radicación número: 11001-03-26-000-2014-00190-00 (52930), actor: CONSORCIO L&M, demandado: Instituto de Desarrollo Urbano, referencia: recurso extraordinario de anulación.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 21 de septiembre de 2016, exp. 56.728, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁵⁵ Nota original de la cita: “Artículo 116.- (...). Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.



El laudo en conciencia se estructura cuando los árbitros se apoyan exclusivamente en su íntima convicción del caso, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria y es en equidad cuando los árbitros inaplican la ley al caso concreto, porque consideran que ella es inicua o que conduce a una iniquidad o cuando buscan por fuera del ámbito de la ley una solución al caso controvertido.

4.- El laudo en conciencia está proscrito en el ordenamiento jurídico colombiano y el laudo en equidad está permitido cuando el conflicto objeto del arbitraje se traba entre particulares, de modo que uno y otro serán anulables bajo la aducción de la causal 'Haberse fallado en conciencia o en equidad debiendo ser en derecho', cuando se trate de conflictos derivados de contratos estatales.

5.- El laudo en derecho debe ser proferido con fundamento en el derecho positivo vigente, lo cual significa, por una parte, que no basta la simple referencia de una norma Constitucional o legal, para que se repute como tal, pues es necesario que la norma positiva esté hilada en la cadena argumentativa que sustenta la decisión y, por otra parte, supone que la norma debe estar vigente en el ordenamiento jurídico para que pueda tener la virtualidad de fundar la decisión.

6.- La decisión en derecho debe estar fundada en las pruebas aportadas al proceso, de manera que la decisión que se adopte con prescindencia de la prueba necesaria para fundar la decisión o con carencia absoluta y ostensible de juicio jurídico valorativo de la prueba es una decisión que solo responde a la íntima convicción del juzgador, luego es una decisión en conciencia⁵⁶.

Cabe destacar que, en lo que atañe específicamente a la configuración del fallo en conciencia por haberse prescindido de las pruebas, la causal tiene lugar cuando, en efecto, la decisión no se fundó en valoración alguna de los elementos probatorios allegados a la causa arbitral, determinantes para resolverla. En esa medida, solo cuando el laudo se aparta de los elementos de prueba sin justificación alguna, u omite la valoración de las probanzas necesarias para resolver el asunto, surge la decisión o fallo en conciencia, vicio este que, por el contrario, no ocurre cuando los árbitros valoran las probanzas de manera distinta a la que las partes consideran correcta, o fundan la providencia en medios probatorios diferentes a los que el censor estima que debieron tenerse en cuenta.

Esto se explica porque el fallo en conciencia se caracteriza por contener una decisión sustentada únicamente en la convicción íntima y personal del juez, de suerte que, cuando este funda su proveído en las pruebas, aún de manera equivocada, el fallo es en derecho.

Más aún, la misma ley le impone al juez del recurso abstenerse de calificar el análisis de fondo de la controversia, lo cual le impide revisar los razonamientos jurídicos y probatorios del tribunal de arbitramento para dilucidar si son o no errados. Así, el artículo 42, inciso 4, de la Ley 1563 de 2012, establece:

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 17 de agosto de 2017, exp. 56.347, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.



La autoridad judicial competente en la anulación no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo

Sobre este punto se ha pronunciado la Sección Tercera del Consejo de Estado, al señalar⁵⁷:

El fallo en conciencia (...) imparte solución al litigio de acuerdo con la convicción personal y el sentido común. Así, el juez sigue las determinaciones de su fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad (...).

La Sala ha precisado que (...) si el juez adquiere la certeza que requiere para otorgar el derecho disputado con apoyo en el acervo probatorio y en las reglas de la sana crítica, ese fallo será en derecho, así no hable del mérito que le da a determinado medio o al conjunto de todos⁵⁸.

Por ello, esta causal no autoriza al juez del recurso de anulación para verificar el fondo del fallo, ni alterar el valor que el juzgador le otorgó a cada una de las pruebas. Los límites que la ley ha fijado a este recurso suponen la sanción de yerros in procedendo y no in iudicando⁵⁹.

No es procedente analizar una violación indirecta a la norma sustancial por la existencia de errores de hecho o de derecho al valorar las pruebas, porque este aspecto es un error in iudicando sobre el cual no está edificado este recurso extraordinario (...).

... [S]e configura un fallo en conciencia cuando se decide sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones, esto es, con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso⁶⁰.

De igual manera, la jurisprudencia ha precisado que una valoración equivocada de las pruebas, por parte de los árbitros, no configura el vicio de fallo en conciencia, de manera que las discrepancias que las partes tengan con el criterio fijado por el tribunal de arbitramento para estimar y analizar el material probatorio no pueden hacerse valer mediante el recurso extraordinario de anulación bajo la indicada causal⁶¹, puesto que ello equivaldría a señalar que el juez del recurso puede hacer pronunciamientos de fondo sobre la cuestión resuelta en el laudo, circunstancia que, se reitera, desnaturaliza el referido recurso.

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de abril de 2018, exp. N° 59270. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

⁵⁸ Nota transcrita: “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 3 de abril de 1992, Rad. 6.695 (fundamento jurídico b)”.

⁵⁹ Nota transcrita: “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de julio de 2000, Rad. 17.591 (fundamento jurídico consideraciones); y de 16 de junio de 2008, Rad. 34.543 (fundamento jurídico 3.1.2)”.

⁶⁰ Nota transcrita: “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2006, Rad. 31.887 (fundamento jurídico 3.1)”.

⁶¹ Nota transcrita: “Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de noviembre de 2002, Rad 22.191 (fundamento jurídico c)”.



Al respecto, expone el Consejo de Estado⁶²:

No corresponde a esta causal de anulación, la deficiente valoración que de las pruebas realice el juzgador⁶³, por cuanto '(n)o se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente encubra sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica– que la ley procesal le confiere'⁶⁴ (...).

La Sala, recientemente, analizó los criterios jurisprudenciales sobre el fallo en conciencia a la luz de la Ley 1563 de 2012 y al respecto, concluyó que se da la configuración del mismo en los siguientes términos (...).

'... (d) Que el fallo no considere las pruebas (...).

[L]a Sala reiterará lo dicho por la Corporación, para lo cual remite al desarrollo que sobre este criterio se hizo, en el entendido que se exige del laudo su fundamentación en las pruebas legalmente aportadas al proceso. Luego, si no hay fundamento probatorio o sin justificación se desconoce o se aparta de las pruebas, se estará frente a una decisión claramente subjetiva de los árbitros'.

Aquí vale recordar que ese ejercicio no puede de ninguna manera significar la revisión del fondo de la decisión o la calificación de la misma. Se trata de defectos evidentes, como lo son la ausencia de fundamentos probatorios o, como lo ha precisado la jurisprudencia, que aun cuando exista un análisis probatorio, el laudo se aparte por completo y sin justificación de lo que las pruebas señalan, es decir, un abandono absoluto del material probatorio⁶⁵.

Ahora bien, con fundamento en todo lo anterior y, a título meramente ilustrativo, se tiene que no procede fundar el recurso de anulación por la causal de fallo en conciencia en los siguientes eventos o hipótesis:

i) Cuando el tribunal de arbitramento se equivoca en la interpretación del derecho vigente. Al respecto, la jurisprudencia ha expuesto que el fallo en conciencia solo se puede entender configurado por el alejamiento manifiesto del derecho vigente o

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 20 de marzo de 2018, exp. N° 11001-03-26-000-2017-00113-00(59836). C.P. Danilo Rojas Betancourth. En el mismo sentido, véase la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2018, exp. N° 61082, en la cual se indicó: “[L]os fallos en conciencia en Colombia están proscritos para los tribunales arbitrales en la contratación pública, toda vez que ellos prescinden de toda motivación y de las pruebas, en la medida en que los árbitros se apoyan en su íntima convicción y, por tanto, no dan razones de su decisión o prescinden de toda consideración jurídica o probatoria. En tal sentido, para configurar esta causal se requiere demostrar que la decisión del Tribunal i) prescindió de toda motivación; de toda prueba y de toda consideración jurídica y ii) cuando esto aparezca de manifiesto en el laudo” (Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico -E-).

⁶³ Nota transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente 17797, C.P. María Elena Giraldo Gómez”.

⁶⁴ Nota transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 18 de enero de 2012, C.P. Enrique Gil Botero”.

⁶⁵ Nota transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 26 de abril de 2017, expediente 55852, C.P. Ramiro Pazos Guerrero”.



la absoluta prescindencia de la normativa jurídica que gobierna el caso concreto, razón por la cual, la anulación del laudo impugnado no se puede fundar en yerros cometidos por el juez al hacer el ejercicio hermenéutico sobre la ley⁶⁶.

ii) Cuando el tribunal arbitral funda el laudo en la equidad, como criterio auxiliar para llenar los vacíos legales. En torno a este punto, esta Corporación⁶⁷ ha advertido que el criterio de la equidad es un elemento de interpretación que se puede emplear por la justicia arbitral, aun en el marco del arbitramento en derecho, sin que por ello sea procedente la anulación del laudo.

iii) Cuando el tribunal de arbitramento interpreta de manera incorrecta el contrato sometido a la controversia. En estos casos, se ha precisado que las cláusulas pactadas constituyen derecho o ley para las partes, de suerte que, al interpretarse y aplicarse tales cláusulas a la solución del conflicto en el proceso arbitral, aun si tal ejercicio se realiza en un sentido diferente al que las partes le pretendieron dar, no es posible invocar la causal de fallo en conciencia para solicitar la anulación del laudo⁶⁸.

iv) Por último, si las pruebas fueron apreciadas o valoradas en forma distinta a la que invocaron las partes. En efecto, la Sala reitera que el recurso de anulación no es una instancia para rebatir o cuestionar la valoración de las pruebas. Solo es posible invocar la causal de fallo en conciencia cuando es inexistente el sustento probatorio o cuando se desconoce en forma manifiesta e injustificada la prueba que sea indispensable para fallar, dado que la decisión debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso. Por tanto, únicamente el laudo proferido *“sin consideración a prueba alguna”* ha sido aceptado como susceptible de cuestionamiento por fallo en conciencia, porque se entiende que en estos eventos la decisión está fundamentada única y exclusivamente en conciencia o en el fuero interno de los árbitros, desligado del sistema o del orden jurídico y normativo⁶⁹.

⁶⁶ Véase al respecto, la sentencia proferida por la Sección Tercera – Subsección A del Consejo de Estado, el 24 de mayo de 2017, expediente N° 110010322600020160015200 (58.675). C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, sentencia de 21 de septiembre de 2016, exp. 56.728, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de julio 6 de 2005, exp. 28.990, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez:

“De hecho, para que se pueda hablar de un fallo en conciencia, la decisión judicial arbitral debe adolecer de toda referencia al régimen jurídico aplicable a la controversia contractual, de manera que sea posible sostener que, efectivamente, al margen del derecho, la decisión ha partido del fuero interno de los árbitros, sin justificación normativa alguna”.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 29 de noviembre de 2012, exp. 39332, M.P. Hernán Andrade Rincón: *“No obstante lo anterior, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación, el fallo en conciencia no sólo se configura cuando el juez prescinde de las normas jurídicas vigentes y aplicables al caso, sino que también se presenta cuando, a pesar de haber hecho referencia a ellas, resuelve sin explicar las razones probatorias que dan lugar a su*



Adicional a lo anterior, es pertinente resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha trazado la misma senda en materia de anulación de laudos arbitrales por la causal referente a la adopción de fallo en conciencia. Al respecto, ese máximo Tribunal ha subrayado que la limitación de la competencia de la autoridad jurisdiccional únicamente al examen de errores *in procedendo*, se fundamenta en que el recurso de anulación no puede ser empleado para desconocer lo pactado por las partes, al prever que el eventual conflicto solo sea resuelto por la vía del arbitramento, razón por la cual, los posibles desaciertos del colegio de árbitros en la interpretación de las normas jurídicas o las falencias en la valoración de las pruebas no hacen procedente el uso del aludido mecanismo extraordinario.

Destacó la Corte⁷⁰:

La restricción del juez de anulación para pronunciarse sobre errores in iudicando, encuentra su razón de ser en que este recurso no puede usarse como mecanismo para desconocer o soslayar la voluntad de las partes de sustraer la controversia del conocimiento de la Jurisdicción. De esta manera, ante un eventual desacierto del tribunal de arbitramento en cuanto a la aplicación e interpretación de normas sustantivas o ante la falta o indebida valoración de la prueba o a una impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo, no será posible acudir al recurso extraordinario de anulación.

- Fundamentos del recurso:

- En el caso concreto, la parte convocada –recurrente del laudo- manifestó que el Consejo de Estado había admitido la sustentación de la causal séptima de anulación del laudo arbitral con base en “*errores probatorios*” de los árbitros, a condición de que tales yerros fueran evidentes y flagrantes, y configuraran una falta de valoración probatoria o la inaplicación de la sana crítica en el análisis de los elementos de prueba.

Con apoyo en ese planteamiento adujo que, al proferir el laudo impugnado, el tribunal arbitral había incurrido en varios “*errores probatorios*”, a saber: i) tener por demostradas las sumas impuestas como condena, con base en el dictamen pericial practicado por la sociedad Legal Métrica S.A.S., sin que dicha experticia se hubiera

decisión, es decir, apoyándose en el principio de verdad sabida y buena fe guardada (...). Si bien el Tribunal de Arbitramento a partir de normas jurídicas vigentes y aplicables al caso elaboró el concepto de Pérdida Generalizada de Producción - PGP - y la definió como aquella conducta contraria a la buena fe del propietario o de su representante en obra, que haciendo un uso abusivo de sus prerrogativas contractuales y legales, afecta significativamente al rendimiento y a la utilidad que la obra genera para el constructor, lo cierto es que no se observa en el texto del laudo cuáles habrían sido las pruebas específicas que a juicio del Tribunal constituyeron la mala fe de la entidad demandada y que, por tanto, dieran lugar a concluir que ésta incurrió en las conductas descritas en el concepto de la PGP”.

⁷⁰ Sentencia SU-173 del 16 de abril de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



decretado, practicado ni controvertido en legal forma; ii) concluir que no se demostraron las justificaciones a las glosas, los reparos por multifiliaciones y otros aspectos señalados en el peritaje rendido por la firma Act Actuarios S.A.S.; y iii) no tener por demostrado que la parte convocante, al presentar el juramento estimatorio, rebasó el límite establecido en el artículo 206 del CGP.

Con respecto a la valoración del dictamen rendido por la sociedad Legal Métrica S.A.S., sostuvo que se habían infringido las “reglas de estirpe probatoria” previstas en los artículos 19-4⁷¹ y 772⁷² del Código de Comercio, así como los artículos 82-6, 96-4, 164, 173, 227, 339, 370 y 371 del Código General del Proceso⁷³.

⁷¹ “Es obligación de todo comerciante (...):

4) Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades.”

⁷² Modificado por la Ley 1231 de 2009, expresamente referida por la parte impugnante. Establece la norma: “Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio (...).

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables (...).”

⁷³ “Artículo 82. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos (...):

6. La petición de las pruebas que se pretenda hacer valer, con indicación de los documentos que el demandado tiene en su poder, para que este los aporte”.

“Artículo 96. La contestación de la demanda contendrá (...):

4. La petición de las pruebas que el demandado pretenda hacer valer, si no obraren en el expediente”.

“Artículo 164. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho”.

“Artículo 173. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código (...).

El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción”.

“Artículo 227. La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término previsto sea insuficiente para aportar el dictamen, la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días.

En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba. El dictamen deberá ser emitido por institución o profesional especializado”.

“Artículo 339. Cuando para la procedencia del recurso sea necesario fijar el interés económico afectado con la sentencia, su cuantía deberá establecerse con los elementos de juicio que obren en el expediente. Con todo, el recurrente podrá aportar un dictamen pericial si lo considera necesario, y el magistrado decidirá de plano sobre la concesión”.

“Si el demandado propone excepciones de mérito, de ellas se correrá traslado al demandante por cinco (5) días en la forma prevista en el artículo 110, para que este pida pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan”.



Reprodujo los apartes del laudo en los que consideró que los árbitros habían infringido las normas aducidas, particularmente al desestimar las alegaciones de la entidad convocada sobre la supuesta ilegalidad del peritaje rendido por Legal Métrica S.A.S. y su adición. Así, el recurrente consideró que resultaba contrario a derecho que el tribunal le hubiera otorgado a la firma experta un plazo adicional para complementar el dictamen con base en una exhibición de documentos, cuando los instrumentos que debían exhibirse –especialmente las facturas y las bases de datos- debieron estar en poder de la convocante desde un principio, de suerte que la experticia, igualmente aportada con el libelo, debió rendirse de manera completa desde su presentación inicial. En esa medida, sostuvo que la ampliación del término para que la empresa encargada del peritaje revisara documentos que se le debieron entregar desde un comienzo, se oponía a lo dispuesto en las normas procesales que establecían que las decisiones de los jueces debían fundarse únicamente en las pruebas regular y oportunamente aportadas al proceso.

Agregó:

[A]l no existir la oportunidad procesal que los árbitros crearon a favor de la parte convocante para aportar la adición al dictamen y al darle mérito probatorio al mismo se ha producido una transgresión respecto de las normas que regulan la actividad probatoria.

Aparte de lo anterior, si lo imprescindible para la actualización del dictamen eran las facturas, como lo señalaron los árbitros (...), no podía a partir de unos documentos que debe tener la parte convocante por virtud de los artículos 19 y 772 del Código de Comercio y 1º de la Ley 1231 de 2009, crearse una oportunidad adicional para realizar tal actualización (...).

Es viable sostener entonces que al haberse creado una oportunidad no prevista en la ley para realizar la actualización de un dictamen pericial y por permitirse a quien tenía las facturas en su poder adicionar el plazo para presentar el experticio pretextando una exhibición de documentos, se trasgredieron en forma abierta, trascendente y notoria las reglas objetivas que rigen la disciplina probatoria y ello determina la ilegalidad de esta prueba.

Sobre tales bases, cuestionó cada una de las conclusiones adoptadas en el laudo, en las que se tuvieron por probados determinados hechos con base en el aludido dictamen pericial.

En lo atinente a la decisión del tribunal, de tener por no demostrados aspectos de la experticia rendida por Act Actuarios S.A.S –prueba solicitada por la convocada

“Artículo 370. Si el demandado propone excepciones de mérito, de ellas se correrá traslado al demandante por cinco (5) días en la forma prevista en el artículo 110, para que este pida pruebas sobre los hechos en que ellas se fundan.”

“Artículo 371. Durante el término del traslado de la demanda, el demandado podrá proponer la reconvencción contra el demandante si de formularse en proceso separado procedería la acumulación, siempre que sea de competencia del mismo juez y no esté sometida a trámite especial (...).

Propuestas por el demandado excepciones previas y reconvencción se dará traslado de aquellas una vez expirado el término de traslado de esta. Si el reconvenido propone a su vez excepciones previas contra la demanda, unas y otras se tramitarán y decidirán conjuntamente (...).”



en oposición al dictamen que hoy reprocha-, señaló que esa postura del panel arbitral infringía el artículo 232⁷⁴ del CGP, pues en virtud de dicha norma era dable afirmar que, ante dos informes periciales, la selección del que tuviera mayor poder de convicción debía depender del comportamiento del perito en la audiencia, situación que no pudo dilucidarse en el caso concreto porque la firma Act Actuarios S.A.S. no tuvo la oportunidad de ser oída en audiencia, dado el desistimiento de la demandante, de formular el respectivo interrogatorio.

Para la recurrente, esa circunstancia necesariamente le imprimía mayor solidez al dictamen de la firma Act Actuarios S.A.S. que a la experticia rendida por Legal Métrica S.A.S., especialmente porque esta última había sido practicada en forma irregular.

Después de transcribir algunos extractos del laudo en los que se rechazaron las conclusiones de Act Actuarios S.A.S., la entidad impugnante concluyó que la alegada prevalencia dada por los árbitros al dictamen de Legal Métrica S.A.S. sobre la otra prueba que, en su sentir, tenía mayor certitud, comportaba un “*error insalvable*” que daba lugar a la causal séptima de nulidad, invocada.

Por último, acerca del exceso del juramento estimatorio sobre la cuantía de los perjuicios demostrados en el proceso, el impugnante centró su crítica en el hecho de que el tribunal concluyera que la suma de \$226.640'901.499, tasada por la parte convocante, no sobrepasaba en el 50% el valor de la condena que se impondría en el laudo, pese a que las pretensiones económicas acogidas en la providencia sumaban un total de \$132.183.842.622, monto inferior al del juramento estimatorio, en más del 50%.

Concluyó:

Es evidente entonces que los árbitros omitieron aplicar la regla probatoria contenida en el artículo 206 del Código General del Proceso, reformado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014.

-. Oposición de la convocante:

La parte demandante manifestó que los argumentos expuestos por el recurrente en el cargo tercero eran propios del recurso ordinario de apelación, puesto que solo evidenciaban el desacuerdo del censor con las interpretaciones del tribunal, en tanto

⁷⁴ “El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”.



que este, al resolver el asunto puesto a su consideración, se fundó en las normas aplicables al contrato y a los puntos en contienda.

Manifestó que, al decretar las pruebas y disponer su práctica y contradicción, el panel de árbitros aplicó todas las garantías procesales a favor de ambas partes, a tal punto que los dos extremos de la litis tuvieron la oportunidad de contradecir el dictamen aportado por la contraparte y de solicitar el interrogatorio de los dos entes expertos que rindieron las experticias.

Reseñó las actuaciones en las que se les dio trámite a las solicitudes probatorias de ambas partes, y recalcó las providencias en las que se concedieron específicamente las peticiones de Fiduprevisora S.A., orientadas a contradecir el dictamen de Legal Métrica S.A.S. Con base en ello, recalcó que la prueba pericial cuestionada había sido plenamente controvertida en el curso del proceso y adecuadamente valorada por el tribunal bajo las reglas de la sana crítica, por lo que el juez de la causa arribó a las conclusiones del laudo de manera *“metodológicamente correcta”*.

Por otro lado, sostuvo que tampoco se había decidido en conciencia en lo referente al juramento estimatorio puesto que, en primer término, tal estimación fue objetada por la parte convocada y, en segundo lugar, el tribunal constató que ninguna de las partes había obrado con temeridad, de manera que no existía mérito para imponer sanción alguna.

-. Posición del Ministerio Público:

El Procurador 136 Judicial II Administrativo conceptuó que el cargo tercero de anulación formulado por el recurrente no debía prosperar, puesto que el tribunal arbitral valoró los dos dictámenes aportados por las partes y explicó el mérito atribuido a cada uno de ellos.

En sentir del Ministerio Público, era procedente la actualización de la experticia de Legal Métrica S.A.S. después de la exhibición de documentos, dado que existía información nueva sobre la causa en pleito, en tanto que el dictamen de la empresa Act Actuarios S.A.S. no contenía observaciones tendientes a controvertir la primera prueba pericial, de manera que, aún si la parte convocante no hubiera desistido del interrogatorio al perito de esa firma, la prueba así practicada habría tenido en el laudo los mismos efectos que ahora provocaban la inconformidad del recurrente.

Finalmente, manifestó que el cargo tercero de anulación solo evidenciaba el desacuerdo del impugnante con el hecho de que se le hubiera dado preponderancia



al dictamen de Legal Métrica S.A.S. sobre el de Act Actuarios S.A.S., circunstancia que era ajena a la naturaleza y fines del recurso extraordinario interpuesto contra el laudo.

- Análisis del cargo:

Sea lo primero precisar que en la providencia reprochada se analizó y resolvió expresamente la inquietud de la parte interesada sobre la licitud de la prueba cuestionada, por lo que en principio no es procedente analizar los argumentos que sobre ese punto esbozó el Tribunal de Arbitramento, bajo la causal de fallo en conciencia, en especial porque, se reitera, el artículo 42, inciso tercero, del estatuto arbitral, señala que el juez del recurso *“no se pronunciará sobre el fondo de la controversia, ni calificará o modificará los criterios, motivaciones, valoraciones probatorias o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral al adoptar el laudo.”*

Ahora bien, incurre en un equívoco la parte convocada, al señalar en su impugnación que los errores probatorios de los árbitros pueden dar lugar a la causal de laudo en conciencia, y que los alegados yerros que en el *sub judice* le atribuye al tribunal se equiparan a la falta absoluta de valoración probatoria y a la inaplicación de la sana crítica.

En todo caso, como se señaló en los antecedentes alusivos al laudo arbitral, los árbitros se pronunciaron expresamente sobre la reclamación hecha por la parte convocada, respecto de la orden de actualizar el dictamen aportado por la convocante con base en la exhibición de documentos a cargo de Fiduprevisora S.A., y concluyó que esos actos probatorios se ajustaban a derecho.

Según el tribunal, la entidad convocada señaló en sus alegatos que el ordenamiento no permitía al juez imponerle al demandado la exhibición de documentos para que con estos fuera actualizado el dictamen pericial anexo a la demanda –rendido por la sociedad Legal Métrica S.A.S.-.

Frente a tal señalamiento, el panel arbitral manifestó que el propósito de la actualización del dictamen con base en la exhibición de documentos era precisamente incorporar en la experticia las facturas que exhibiría la convocada, pues de lo contrario, la prueba no habría podido cumplir con su objeto consistente en evidenciar la realidad de los pagos efectuados, *“respecto de las facturas exhibidas”*. De igual manera, manifestó que ese razonamiento encontraba sustento en el artículo 227 del CGP, en cuanto establecía que si el término para aportar la prueba pericial por una de las partes era insuficiente, el juez podía otorgar un plazo



adicional y solicitar a los sujetos procesales y a terceros, su colaboración para la práctica de la experticia. En esa medida –adujo-, la actualización del peritaje requería la colaboración de la entidad convocada, en cuyo poder se encontraban las bases de datos y las facturas materia de controversia.

Tras referir otras normas procesales que, a su juicio, respaldaban la mencionada disposición probatoria, el colegio arbitral agregó:

[S]olo si al sumergirnos en un ejercicio especulativo se aceptara que la determinación del Tribunal implicó el decreto y práctica de una prueba irregular –lo que por supuesto, no es veraz-, aun así, en ese hipotético escenario no resultaría procedente argüir que la ampliación del término que se le concedió a Legal Métrica S.A.S. para que actualizara su dictamen devino en ilegal porque, en primer lugar, el acto habría cumplido su propósito (cual era el de servir de medio convictivo encaminado a llevarle certeza al juzgador acerca de las pretensiones de estirpe pecuniario que forman parte del thema probandum); y en segundo término, con él no se habría violado el derecho de defensa en la medida en que la contraparte, en este caso la convocada, pudo ejercer a cabalidad el derecho de contradicción de dicha prueba.

De hecho, esto último fue lo que ocurrió en el presente caso puesto que, después de haberse efectuado la actualización del dictamen pericial de la convocante –y habérsela puesto en conocimiento a la convocada-, en escrito del 1 de octubre de 2019 esta solicitó que (...) se le concediera un término ‘de veinte días para presentar un dictamen pericial de contradicción (...)’; y además también pidió que se citara al perito de su opositora (...). A todo ello accedió el Tribunal (...).

Por tanto, se aprecia que el tribunal de arbitramento expuso las justificaciones bajo las que concedió el plazo adicional para actualizar el dictamen de Legal Métrica S.A.S., con base en una exhibición de documentos pendiente de práctica, en punto de lo cual dio respuesta expresa y motivada a las inconformidades que sobre ese aspecto había planteado la entidad en sus alegatos de conclusión.

Sobre la base de la licitud de esa prueba pericial y su actualización, el tribunal estimó que ese informe acreditaba algunas de las pretensiones económicas de la demanda, y en ese razonamiento, esbozó igualmente las razones por las cuales desestimó las conclusiones consignadas en la experticia rendida por la empresa Act Actuarios S.A.S.

Este proceder del tribunal evidencia que la decisión fue sustentada sobre las probanzas obrantes en el proceso, y no sobre la convicción personal ni el sentido común de los árbitros. La certeza afirmada en el laudo acerca de los hechos juzgados y las pretensiones resueltas, se estructuró sobre el contenido de las probanzas que en criterio del sentenciador arbitral resultaban válidas, idóneas y pertinentes para acreditar la verdad buscada. En contrapartida, no se encuentra en



el laudo una sustentación desprovista de referentes jurídicos ni probatorios, respecto de la cual pueda predicarse la incursión en fallo en conciencia.

Tampoco advierte la Sala que el tribunal de arbitramento, al valorar las pruebas y, en concreto, los dictámenes periciales, hubiera abandonado o inobservado el principio de la sana crítica, sistema este que le impone al juzgador establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia⁷⁵, lo cual fue atendido por los árbitros, como se advierte con la lectura de las motivaciones esgrimidas en el laudo.

Por otro lado –aunque bajo esta misma línea-, se aprecia igualmente que las razones expuestas por el tribunal arbitral para ordenar la complementación del dictamen de Legal Métrica S.A.S. después de la exhibición de documentos y para considerar que tal actualización se ceñía al ordenamiento, no se acompañaron con el interés perseguido por la entidad convocada, y que tal inconformidad es la que se ha traído a la presente instancia por la vía de invocarse la causal de laudo en conciencia. No obstante, a la luz de los referentes normativos y jurisprudenciales antes señalados, debe recalarse que no le corresponde a esta Sala analizar esas motivaciones del panel de árbitros, ahora cuestionadas por el recurrente.

Lo propio acontece frente a las resoluciones del tribunal de arbitramento, de rechazar las conclusiones de la prueba pericial practicada por la empresa Act Actuarios S.A. y preferir sobre el mismo punto en contienda los resultados del dictamen de Legal Métrica S.A.S.; decisiones estas que son ajenas a los supuestos de la causal séptima de anulación del laudo arbitral y cuyo análisis es extraño a la competencia general del juez del recurso extraordinario.

Por otro lado, en cuanto a lo resuelto en el laudo sobre la no imposición de la sanción prevista en el artículo 206 del CGP, por exceder el juramento estimatorio en más del 50% el valor de los perjuicios probados, la Sala parte por advertir que los reproches puntuales del recurrente en el cargo tercero de anulación no encuadran en los supuestos de la causal de fallo en conciencia, pues la crítica del censor se centra en que los árbitros, supuestamente, desatendieron una “*regla probatoria*” prevista en la aludida norma, al no aplicar la sanción pecuniaria a la parte convocante. Sin embargo, aunque el artículo 206 del CPC le otorga efectos

⁷⁵ Como lo ha señalado la Corte Constitucional: “*En [las reglas de la sana crítica] interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente (...). La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento*” (Sentencia C-622 de 1998, referida a su vez en la sentencia C-202 de 2005).



probatorios a la estimación juramentada de los perjuicios y fija las pautas bajo las cuales tal juramento debe obrar como prueba en el proceso, lo cierto es que el inciso que específicamente consagra la sanción no comporta una regla probatoria que gobierne el ejercicio valorativo del juez sobre el material aportado a la causa, sino que entraña simplemente una medida disciplinaria y pecuniaria que opera frente a una definida conducta procesal de la parte demandante.

Por tanto, mal puede señalarse la configuración del vicio del laudo en conciencia por no haberse impuesto la multa prevista en el artículo 206 del CGP, cuando esa decisión del tribunal no fue adoptada con base en la mera convicción de los árbitros ni atendiendo a simples apreciaciones personales, sino en un ejercicio de comparación entre lo ocurrido en el proceso, respecto del juramento estimatorio, y los supuestos previstos en la norma para la procedencia de la sanción. A lo anterior se agrega que, tal como lo ha señalado la jurisprudencia antes reseñada, la valoración equivocada de las pruebas no constituye fallo en conciencia, de manera que, al margen de la constatación hecha por el tribunal sobre la proporción del juramento estimatorio y de si esta fue o no equivocada, ello no puede examinarse bajo la aludida causal de anulación del laudo arbitral, que informa sobre vicios distintos al alegado en este punto por el recurrente.

En esa medida, no prospera el cargo tercero de anulación, formulado por la parte convocada.

c) Cargo cuarto - Causal 8: Errores aritméticos y disposiciones contradictorias en el laudo

Dispone el artículo 41, numeral 8, de la Ley 1563 de 2012:

Son causales del recurso de anulación (...):

8.- Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.

Así, la causal contenida en el numeral 8 del artículo 41 del estatuto arbitral se puede presentar por la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos fácticos: i) existencia de errores aritméticos en el laudo⁷⁶; ii) yerros por omisión, alteración o

⁷⁶ “Por tal error se entiende aquel en el que se incurre al realizar alguna de las cuatro operaciones aritméticas y por consiguiente se trata de un yerro que al corregirlo no conduce a la modificación o revocación de la decisión que se ha tomado” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. 38.484, M.P. Enrique Gil Botero.



cambio de palabras en el laudo y iii) disposiciones contradictorias contenidas en el laudo⁷⁷.

No obstante, es igualmente palmario que, para que la causal de anulación sea procedente, el legislador –al igual que lo hacía en el derogado Decreto 1818 de 1998– estableció dos requisitos de procedibilidad, a saber: i) que la contradicción, el error matemático o el cambio de palabras estuvieran contenidos en la parte resolutive del laudo o incidieran directamente en ella y ii) que su existencia se hubiera alegado ante el tribunal arbitral dentro de la oportunidad legal para solicitar su aclaración y/o corrección.

Como lo ha resaltado la jurisprudencia, este segundo condicionamiento legal “*está dirigido a permitir que los árbitros tengan oportunidad de enmendar el error aritmético o de integrar la unidad lógico jurídica del laudo*”⁷⁸, de manera que, efectuada esa solicitud previa y resuelta la misma negativamente por los árbitros requeridos, se configura de esa manera la causal mencionada y el juez del recurso de anulación queda habilitado para examinar su ocurrencia.

En el presente caso, la impugnante sostuvo que el laudo arbitral presentaba un error aritmético que “*incidía*” en el acápite resolutive, y que consistió en la conclusión de que el monto del juramento estimatorio no superaba en un 50% el valor de los perjuicios demostrados en el proceso, pese a que las pretensiones económicas acogidas por el tribunal, sumadas, eran inferiores a la suma estimada en la demanda, en más del 50%, de manera que en el caso concreto debió imponérsele a la parte convocante la sanción prevista en el artículo 206 del C.G.P.

Al respecto, afirmó:

Lo pretendido por la convocante, a título de perjuicios, ascendió a la suma de \$226.640.901.499 (...).

Los \$132.183.842.622 a los que ascienden las condenas por concepto de perjuicios, aumentados en un 50%, alcanzan los \$198.275.763.933, que vienen a ser inferiores en \$28.365.137.566 a los \$226.640.901.499 (...).

No obstante lo anterior, en la página 499 del laudo, en la parte resolutive del mismo decidieron los árbitros, incurriendo en una abierta contradicción con las condenas contenidas en contra de la convocada exonerar a la parte convocante de la sanción prevista en la ley.

⁷⁷ “En efecto, uno de los métodos más sencillos y efectivos para determinar si existe contradicción en la parte resolutive de una providencia, es si el cumplimiento de alguna impide la ejecución de la otra, de manera que no sea posible ejecutar la orden judicial, como cuando se declara la responsabilidad de una de las partes y a la vez se le absuelve, o cuando se ordena pagar una suma de dinero y a la vez se dice que no debe hacerlo, o cuando se declara la caducidad de la acción y a continuación se indica que se demandó en tiempo. En el caso concreto, se advierte armonía y coherencia en la decisión, pues la declaratoria de caducidad no está acompañada de decisión posterior en sentido contrario, atendiendo al razonamiento que hizo el tribunal en la parte considerativa del laudo” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 20 de agosto de 2014, exp. 41.064, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁷⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera. Sentencia del 11 de marzo de 2004, exp. N° 11001-03-26-000-2003-0022-01(25021), C.P. María Elena Giraldo Gómez.



Por otro lado, señaló que la providencia objeto de censura contenía disposiciones contradictorias, puesto que el tribunal afirmó, en las motivaciones, que las pretensiones referentes a los usuarios reportados en el archivo MERES habían sido inadecuadamente planteadas, al tiempo que los hechos aducidos para sustentarlas no fueron demostrados, no obstante lo cual, en la parte resolutive se condenó a la entidad convocada “*por nueve rubros diferentes*”.

Sin embargo, ninguna de estas imputaciones fue planteada por la entidad hoy recurrente dentro del término previsto en la ley para solicitar la aclaración, corrección y/o complementación del laudo arbitral. Más aún, se evidencia que si bien Fiduprevisora S.A. le solicitó al tribunal de arbitramento que procediera a corregir el laudo, tal petición fue cimentada sobre argumentos distintos a los que hoy controvierte bajo la causal octava de anulación, pues en la solicitud de corrección solo señaló lo referente a la compensación que, en su sentir, se le debía reconocer a Fiduprevisora S.A. por la suma de \$14.424'377.769, por efecto de la diferencia entre el porcentaje de actualización de la UPCM reconocido en el laudo y el referido por el Ministerio de Salud con posterioridad a la expedición del fallo.

Así las cosas, dado que la parte convocada guardó silencio ante el tribunal arbitral respecto de la proporción en la que el juramento estimatorio pudo exceder al valor total de la condena impuesta en el laudo, y acerca de las bases sobre las que se resolvieron las pretensiones alusivas al archivo MERES, esta Sala debe abstenerse de examinar de fondo estos aspectos, pues fue al amparo de los mismos que se invocó la causal octava de anulación del laudo, sin haberse cumplido para su formulación con el requisito de procedibilidad previsto en la norma que la consagra.

d) Cargo quinto - Causal 9: Recaer el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros.

Como un desarrollo del principio procesal de congruencia –que dicta que la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y pretensiones de la demanda y su contestación, así como con las excepciones que aparezcan probadas de conformidad con la ley-, el ordenamiento prevé la prohibición de proferir condena contra el demandado por causa diferente a la invocada en la demanda –*fallo extra petita*-, en cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en ella –*sentencia ultra petita*-, o dejar de resolver cuestiones sometidas a la decisión judicial o arbitral –*fallo citra o infra petita*-.



Tales reglas se encuentran contenidas en el artículo 281 del Código General del Proceso, normativa que, adicionalmente, advierte que *“si lo pretendido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último”*, lo cual cierra el camino a la posibilidad de que la condena impuesta en el fallo de mérito pueda sobrepasar las cantidades solicitadas en el libelo o cobijar elementos no incluidos en el *petitum*.

En lo que respecta al laudo arbitral, el artículo 1, inciso 3, de la Ley 1563 de 2012 señala que este constituye *“la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje”*. Por tanto, el laudo debe sujetarse igualmente al principio de congruencia, puesto que se trata de una providencia que pone fin a un litigio delimitado por las pretensiones y hechos de la demanda, así como por las excepciones propuestas por la parte convocada.

Es en razón de lo anterior que el artículo 41, numeral 9, de la Ley 1563 de 2012 establece la posibilidad de solicitar la anulación del laudo por haber resuelto aspectos no sometidos a controversia en el proceso arbitral, haber concedido más de lo pedido en la demanda o no haberse pronunciado sobre cuestiones sujetas al arbitramento, vicios estos que afectan en forma directa el principio de congruencia que, se reitera, debe ser atendido en toda sentencia y, de igual manera, en el laudo arbitral⁷⁹.

Así las cosas, en atención al principio de congruencia, también el juzgador de arbitramento está obligado a observar los límites definidos por las partes en las pretensiones y excepciones –en el marco de la ley y dejando a salvo los supuestos en que esté autorizado para resolver de oficio-, lo cual resulta de tal importancia en el adecuado ejercicio de la actividad jurisdiccional, que su inobservancia es sancionada por la ley como un vicio que afecta la validez de la decisión, ya que el principio de congruencia también se encuentra ligado al debido proceso⁸⁰.

En ese sentido, el juez del recurso de anulación contra el laudo arbitral, en el que se ha invocado la causal referente a la violación del principio de congruencia, debe

⁷⁹ Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado: *“El principio de congruencia resulta aún más estricto cuando se trata de laudos arbitrales, toda vez que en estos casos las facultades del juez arbitral devienen de la voluntad de las partes materializada en la cláusula compromisoria o el compromiso, facultades que quedan totalmente restringidas a lo convenido por las partes. La incongruencia puede presentarse de tres formas: i) cuando en el fallo el juez otorga más de lo pedido (plus petita o ultra petita); ii) cuando el fallo concede algo distinto a lo pedido (extra petita) y iii) cuando se deja de resolver sobre lo pedido (citra petita). La causal que ahora se invoca, alude al último de los supuestos indicados”* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 29 de octubre de 2014, exp. N° 50478. C.P. (E) Hernán Andrade Rincón).

⁸⁰ Ver, entre otras, las sentencias T-592 del 18 de mayo de 2000, T-450 del 4 de mayo de 2001 y SU-072 del 5 de julio de 2018, proferidas por la Corte Constitucional.



constatar formalmente “que el laudo se ajuste estrictamente a las peticiones de las partes, sin entrar a evaluar los motivos de la decisión”⁸¹.

Sobre la forma como debe examinarse la ocurrencia de la indicada causal en sede del recurso de anulación del laudo, la jurisprudencia también ha referido⁸²:

[L]a congruencia hace necesaria una comparación entre lo pedido por las partes y lo decidido por el tribunal, es decir que para establecer la existencia del vicio que atenta contra tal principio, se debe examinar la decisión contenida en el laudo arbitral, pues '[p]ara detectar la presencia del vicio de la incongruencia es imperioso comparar lo decidido con lo litigado por las partes, entendiéndose por lo decidido a la parte de la sentencia verdaderamente vinculante, o sea la resolutive, teniendo en cuenta que esta causal no autoriza ni puede autorizar a entrar en el examen de las consideraciones que han servido al juzgador como motivos determinantes del fallo’⁸³, limitación que encuentra su explicación en la naturaleza misma y la finalidad que se persigue con el recurso extraordinario de anulación de laudos arbitrales.

Asimismo, se ha recalcado que, teniendo en cuenta el carácter dispositivo de la jurisdicción, “conviene a los árbitros -tanto como al juez natural del contrato en su caso - verificar en sus laudos que todas las pretensiones tengan una decisión correspondiente y, también, que toda decisión responda a una pretensión o a una excepción probada en el proceso”⁸⁴.

En consonancia con ello, es palmario que, atendiendo a los principios del debido proceso y de la justicia rogada, por regla general, toda decisión judicial o arbitral sobre aspectos no solicitados ni sujetos a la controversia quebranta el principio de congruencia, aunque igualmente se ha señalado⁸⁵:

[E]s incuestionable que, si se impugna la decisión arbitral con fundamento en la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1463 de 2012, procederá declarar fundado el recurso de anulación sobre decisiones no pedidas o no invocadas en las excepciones, salvo que se aprecie alguna regla de facultades o poderes del juez, como por ejemplo, en materia de excepciones declarables de oficio, sobre las que se impone un pronunciamiento⁸⁶.

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2018, exp. N° 11001-03-26-000-2017-00 058-00(59216) A. C.P. Guillermo Sánchez Luque.

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. N° 11001-03-26-000-2015-00141-00(55307). C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸³ Nota transcrita: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de junio de 2002, expediente 21040, C.P. María Elena Giraldo Gómez”.

⁸⁴ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 3 de abril de 2020, exp. N° 11001-03-26-000-2020-00013-00(65558), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Cita original: “CGP ‘Artículo 282. Resolución sobre excepciones. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada. Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia. Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras,



-. Fundamentos del recurso:

En el presente caso, el recurrente estructuró el cargo relativo a la causal novena de anulación sobre los siguientes yerros: i) haberse reconocido en el laudo, perjuicios relacionados con el incumplimiento de la causal quinta del contrato, cuando en las pretensiones de la demanda no se hizo mención de la misma; ii) haber acogido el tribunal, pretensiones indemnizatorias, pese a lo que el impugnante denominó “*inexistencia de juramento estimatorio*” y, iii) “*no pronunciamiento concreto sobre las defensas de la convocada*”.

Afirmó que, al incurrir el laudo en la causal novena de anulación por la configuración de las alegadas irregularidades, se afectó el patrimonio público con una condena de \$132.183'842.622 y se infringieron las reglas procesales, especialmente por haberse modificado la demanda en forma oficiosa y sorpresiva. De igual manera consideró que el tribunal había obrado en contra de sus propias afirmaciones, pues concedió pretensiones que no cumplían con los requisitos del juramento estimatorio, a pesar de haberlo advertido así en la parte motiva del fallo.

-. Frente al primero de los motivos concretos de censura, referente a las cláusulas invocadas en la demanda como incumplidas por la entidad convocada, el recurrente reprochó que el tribunal arbitral le hubiera impuesto condenas patrimoniales a Fiduprevisora S.A. por razón del supuesto incumplimiento de la cláusula quinta del contrato, a pesar de que ninguna de las pretensiones fue formulada sobre esa base, ya que la parte convocante solo refirió en el *petitum* la inobservancia de la cláusula cuarta contractual.

En torno a este punto, centró su crítica en la decisión adoptada por los árbitros, de interpretar la demanda y modificarla “*de manera oficiosa*”, al concluir expresamente que las pretensiones de la unión temporal Magisalud 2 se referían a la cláusula quinta del contrato y no a la cláusula cuarta, aducida en las solicitudes del libelo. Para el censor, ese entendimiento expresado por el tribunal fue violatorio del principio de congruencia y lesionó el derecho de defensa de la parte convocada.

Adujo:

siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción”.



La Unión Temporal convocante del tribunal formuló una reclamación arbitral reclamando el pago de indemnizaciones, acusando a la convocada de haber incumplido con la cláusula cuarta del contrato que las vinculó.

Los árbitros, vulnerando el derecho de defensa de la convocada, en forma sorpresiva, ilegal y sin previo aviso, en la hoja 274 del laudo modificaron oficiosamente el libelo introductorio del proceso, para hacerlo decir que lo reclamado era el incumplimiento de la cláusula quinta del contrato.

Con base en esa modificación oficiosa realizada por los árbitros al libelo introductorio, que fue realizada en forma sorpresiva, ilegal, sin previo aviso y violando el derecho a la defensa de la convocada, se emitieron condenas al pago de perjuicios en contra del patrimonio público de todos los colombianos en cuantía de \$111.585.441.810, a título de perjuicios.

- En cuanto al segundo hecho alegado como opuesto al principio de congruencia, el impugnante expuso que los árbitros no debieron reconocer suma alguna a la parte convocante a título de indemnización de perjuicios, cuando en la parte motiva del laudo se había advertido, según su dicho, que la estimación juramentada de los perjuicios fue realizada incorrectamente y que esa falencia no podía ser suplida con el dictamen pericial de parte. En ese sentido, señaló el recurrente que, si en sentir del panel arbitral, fue equivocado el juramento estimatorio y no reunió los requisitos de ley, debieron ser denegadas las pretensiones concedidas en los numerales 10 al 25 del laudo arbitral.

En respaldo de estos planteamientos, el recurrente efectuó la transcripción parcial del laudo, en el apartado en que el tribunal dispuso no acceder a la pretensión séptima de condena, formulada en la demanda, por no ajustarse a los requisitos del artículo 206 del CGP, particularmente por no estimar razonadamente los perjuicios señalados en dicha pretensión, de manera discriminada, sino en forma general. De igual manera, extractó los contenidos del laudo en los que se advirtió que la falencia anotada no podía subsanarse con base en el dictamen pericial de Legal Métrica S.A.S., por no ajustarse a la normativa procesal y por no existir prueba que acreditara el monto específico de los perjuicios aducidos por la parte convocante en la mencionada pretensión.

El censor transcribió, igualmente, las siguientes conclusiones esbozadas en la providencia:

En realidad, en ninguna parte de los hechos de la demanda y del dictamen pericial elaborado por Legal Métrica S.A.S. se alude a la eventual causación y cuantificación de perjuicios derivados del acogimiento de las pretensiones primera a sexta del citado numeral 3.1, identificadas por la convocante como 'primer grupo de pretensiones respecto de bases de datos'.

Por consiguiente, para que hubiera podido abrirse paso la pretensión séptima de condena era menester que la convocante, además de demostrar la obligación contractual incumplida; el daño que le generó el comportamiento desplegado por la convocada, y el nexo de causalidad entre la conducta y el daño; también hubiese acreditado el perjuicio sufrido.



- Por último, en torno al “*no pronunciamiento concreto sobre las defensas de la convocada*”, el recurrente manifestó que los árbitros habían omitido analizar de manera puntual “*y no meramente formal*”, varios aspectos de la controversia.

- Oposición al recurso

Con respecto al cargo quinto de anulación del laudo arbitral, la parte convocante, al oponerse a la censura, manifestó que el tribunal de arbitramento estaba legalmente facultado para interpretar las pretensiones de la demanda y que los motivos de inconformidad del impugnante no revelaban incongruencia alguna del fallo sino la garantía de acceso efectivo a la administración de justicia.

Señaló que no podía equipararse el ejercicio de interpretación de la demanda a una “*modificación*” de la misma, puesto que se trataba de dos actos ampliamente diferentes, de manera que el planteamiento que al respecto se hizo en el recurso evidenciaba un claro desconocimiento de la doctrina atinente a los poderes del juez, en particular, el referente a la interpretación de la demanda.

Recalcó que los razonamientos hechos en el laudo eran ajustados a derecho, especialmente porque el tribunal puso de presente un error en las pretensiones del libelo y fundó su decisión con base en los hechos planteados y los que fueron demostrados en el proceso, incluso teniendo en cuenta la defensa de Fiduprevisora S.A., relativa al supuesto cumplimiento de sus obligaciones contenidas en la cláusula quinta del contrato.

- Posición del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público, interviniente en el proceso arbitral, señaló que la causal novena de anulación no se configuró en el caso concreto puesto que la conducta de los árbitros solo se desplegó en el sentido de evidenciar un error de la convocante en la enunciación de las pretensiones y de las cláusulas supuestamente incumplidas por la entidad estatal, de manera que la inferencia hecha por los árbitros era procedente, al tenor de lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Política y de la jurisprudencia que facultaba al juez para proceder a tal interpretación.

Subrayó que, a la luz del ordenamiento superior, el juez estaba obligado a dar primacía al derecho sustancial sobre las formalidades y a evitar los excesos rituales, a efectos de garantizar el acceso a la administración de justicia. En tal virtud, el tribunal de arbitramento estaba no solo habilitado sino obligado a interpretar el libelo



y adecuarlo a su verdadero y sustancial sentido, especialmente porque un error en la cita de la cláusula aducida como incumplida no podía conducir a una denegación de la justicia.

-. Análisis del cargo:

i) De la interpretación de la demanda

Como expresamente lo establece el artículo 11 del CGP, el objeto de los procedimientos y de las normas procesales es *“la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial”*, y en esa medida, las dudas que surjan en la interpretación de las normas que gobiernan estos aspectos *“deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal, garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales”*.

Lo anterior no solo obra en armonía con lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Política -en cuanto establece que en las decisiones judiciales debe prevalecer el derecho sustancial- sino que se sujeta a esa regla superior, la que en efecto les impone a los jueces resolver sobre la evidencia que legalmente sustente ese derecho, aún por encima de consideraciones meramente formales, pues estas están al servicio de aquel.

Es bajo estos parámetros que, por mandato constitucional y legal, debe entenderse y aplicarse el principio de congruencia, pues acudir a este con un rigorismo que conlleve a obviar las particularidades del caso, ajustables conforme a la ley, equivaldría a vulnerar el derecho de defensa y constituiría una inexcusable infracción de las normas y principios constitucionales. Ya la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en no pocas oportunidades, que la interpretación de la demanda es un deber de los jueces, un llamado de carácter imperativo que se atiende para garantizar el acceso a la administración de justicia y la prelación del derecho sustancial⁸⁷.

Por ello, como quedó señalado líneas atrás, la jurisprudencia también ha señalado que la causal novena de anulación del laudo arbitral, referente al principio de

⁸⁷ Ver entre otras, las sentencias proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 26 de febrero de 2014 -exp. N° 08001-23-31-000-1999-00702-01(26219), C.P. Hernán Andrade Rincón-, el 5 de agosto de 2019 -exp. N° 47001-23-31-000-2001-00526-01 (43693), C.P. Alberto Montaña Plata- y el 5 de marzo de 2020 -exp. N° 25000-23-26-000-2012-00183-01(52962), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico-.



congruencia, se configura cuando la providencia contiene decisiones no pedidas o no invocadas en las excepciones, “salvo que se aprecie alguna regla de facultades o poderes del juez”⁸⁸, a lo que se añadiría que, en mayor medida se da esa salvedad, si ya no se trata de facultades sino de deberes de rango constitucional. No debe entonces entenderse que el principio de congruencia resulta lesionado cuando la demanda es interpretada por el juez con base en los hechos en ella esbozados, en las pretensiones y en sus fundamentos jurídicos y probatorios; por el contrario, con tal ejercicio -que no tiene un propósito distinto al de esclarecer con la mayor nitidez y certeza el fin perseguido por el actor y los aspectos sujetos a controversia-, queda sólidamente atendido el indicado principio, pues justamente el efecto de la interpretación de la demanda es que la decisión adoptada en sentencia se ajusta de manera más real y materializada a lo pedido y alegado por las partes.

Sobre la necesidad de interpretar la demanda sin que con ello se infrinja la normativa procesal, también ha señalado la Corte Suprema de Justicia⁸⁹:

La legislación procedimental civil, cuando se ha ocupado de las exigencias formales que debe contener la demanda (...), siempre ha procurado que tan fundamental pieza procesal venga estructurada con sujeción a los requisitos legales, entre otros, que los hechos se encuentren debidamente determinados, clasificados y numerados y que se formulen con precisión y claridad las súplicas, esto es, lo que pretende el libelista.

Empero, no siempre la demanda viene revestida de la claridad y precisión deseadas, pues (...) en múltiples ocasiones tal pieza se resiente de cierta vaguedad o imprecisión.

Cuando la demanda no ofrece la suficiente claridad y precisión en los hechos o en la forma como quedaron concebidas las súplicas, tiene sentado la doctrina de la Corte que le corresponde al fallador desentrañar la pretensión o pretensiones contenidas en el libelo, en procura de no sacrificar el derecho.

Por tanto, el hecho de que el juez dilucide el verdadero sentido de una demanda en la que se aprecian equívocos como el expuesto en el laudo hoy bajo análisis, no da lugar a la incongruencia de la decisión, pues ese ejercicio hermenéutico entraña justamente el efecto contrario, esto es, que los puntos resueltos en la providencia son precisamente los que fueron sometidos a debate y controvertidos en el proceso.

Ahora, a la luz de lo anterior, se advierte que no le asiste razón al impugnante del laudo en cuanto aduce que los árbitros “modificaron oficiosamente el libelo”, pues en la providencia no fue alterado el *petitum* ni se impuso condena alguna sobre elementos no alegados por la convocante, sino que se efectuó una interpretación de la demanda al advertirse en ella un error que incluso se oponía a la lógica del litigio; yerro consistente en hacer mención de la “cláusula cuarta”, contentiva de las

⁸⁸ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 3 de abril de 2020, exp. N° 11001-03-26-000-2020-00013-00(65558), C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de marzo de 1982, G.J. CLXV, N° 2406.



obligaciones del propio demandante –quien naturalmente no puede someter a juicio la inobservancia de sus propios compromisos-, cuando el tenor mismo de las pretensiones y de los hechos señalados por la actora se orientaba a enjuiciar el incumplimiento de las obligaciones de la entidad estatal convocada, varias de estas pactadas en la “*cláusula quinta*” contractual –como se adujo en el acápite de los fundamentos fácticos-.

Es de anotar que en las pretensiones resueltas en el laudo, no solo se refirió el incumplimiento de la “*cláusula cuarta*”, sino que este se le endilgó en forma expresa a Fiduprevisora S.A. como administradora del Fomag, al tiempo que se especificó cada uno de los componentes del contrato que supuestamente fueron desatendidos o infringidos por la entidad. Tal circunstancia, aunada a la exposición de los hechos y los demás elementos de la demanda en los que se señaló la inobservancia de la “*cláusula quinta*” por parte de la administración, le permitía legítimamente al tribunal interpretar el libelo como lo hizo, a lo cual estaba incluso llamado por el ordenamiento superior, como ya se anotó.

En ese sentido, se concluye que la interpretación de la demanda arbitral no dio lugar a incongruencia del laudo, pues por el contrario –lo reitera la Sala-, en la decisión recurrida se analizaron y resolvieron las pretensiones que la parte actora efectivamente formuló, y cuyo sentido era inteligible al margen de la equivocada denominación de la cláusula incumplida. Por ello, es claro que tampoco resultó quebrantado el orden jurídico ni se vulneró el derecho de defensa de ninguna de las partes.

ii) La alegada “*inexistencia de juramento estimatorio*”

La Sala encuentra infundado, con amplitud, este punto del cargo relativo a la causal novena de anulación, pues por una parte, el propio recurrente manifiesta que el tribunal desestimó en las motivaciones la pretensión séptima de la demanda, por no haber sido debidamente estimada bajo juramento bajo las reglas del artículo 206 del CGP, pero de ello colige que en el laudo no debió concederse ninguna de las pretensiones de condena formuladas por la parte convocante, si la apreciación de los árbitros era que no estaba correctamente presentado el juramento estimatorio.

Solo frente a la pretensión séptima de la demanda, el tribunal expuso falencias relacionadas con el juramento estimatorio, y justamente como consecuencia de esa circunstancia, procedió a denegar tal pretensión en el numeral noveno de la parte resolutive. Además de ser manifiesto que esa decisión se avino sin dificultad al principio de congruencia, no se advierte cómo esa consideración específica de los



árbitros respecto de una sola de las pretensiones debía afectar, a la luz de la ley, las demás solicitudes de la demanda, ni por qué estas debían ser negadas en su totalidad, a pesar de que en el laudo se concluyó que algunas eran procedentes y estaban demostradas en el proceso.

Luego, es palmario que la incongruencia que en este punto señala el recurrente no existe, y que las argumentaciones esbozadas sobre la aludida “*inexistencia del juramento estimatorio*” carecen de asidero razonable.

iii) “*No pronunciamiento concreto sobre las defensas de la convocada*”.

Por último, el impugnante señala que el tribunal debió pronunciarse en concreto, y no solo de manera formal, sobre los siguientes aspectos del debate:

- *La evidencia inobjetable de existir un error de aplicación del factor de liquidación, pues el Ministerio de Salud y Protección Social reconoció que debía utilizarse el 1.8% y no el 2%, habiendo desestimado los árbitros la comunicación de dicho ministerio, aduciendo extemporaneidad. No debe pasarse por alto que ante hechos trascendentales en un proceso, los falladores no pueden soslayar su deber de tener en cuenta todos los elementos de convicción obrantes en el expediente, así para ello deban agotar otras oportunidades para dar cumplimiento a las garantías de contradicción de las pruebas;*

- *No haber analizado a profundidad que la UPCM es mayor a la UPC y ello determina que la Unión Temporal convocante contara con mejores flujos de fondos y una mayor disponibilidad de recursos públicos por cada afiliado para la prestación de los servicios a los que se comprometió, lo cual aumentó su margen de rentabilidad en el negocio y ha debido ser ponderado al momento de hablar de supuestos perjuicios que dicha Unión Temporal dijo haber padecido;*

- *El que el contrato era de un valor indeterminado pero determinable, siendo claro que el monto final de la ejecución del acuerdo de voluntades se conocería apenas a la liquidación del mismo, posterior a su terminación, resultando extemporánea la convocatoria del tribunal y también el laudo emitido por parte del mismo;*

- *El no haber analizado adecuadamente la existencia de una condición suspensiva de los pagos, lo cual hacía inviable la pretendida aplicación de las normas sobre facturas cambiarias para determinar exigibilidades de las sumas allí consignadas y, a partir de tal exigibilidad, haber determinado la existencia y cuantía de perjuicios;*

- *El no haber analizado adecuadamente la existencia de saldos a favor de la convocada, a pesar de haber ésta propuesto la excepción de compensación;*

- *El no haber dado aplicación cabal a la cláusula décimo séptima del contrato, pues no se respetó el plazo allí previsto y el convocante formuló su reclamación extemporáneamente, sin que los árbitros hubieran brindado a dicha extemporaneidad la consecuencia que en derecho corresponde a quien solicita antes o después de la oportunidad prevista para el efecto.*

Examinados estos planteamientos del censor, se advierte que lo pretendido en el recurso no es poner de presente una incongruencia entre lo alegado por la parte convocada y lo resuelto por el tribunal, ni que este hubiera omitido resolver sobre las excepciones y los argumentos de defensa de la entidad estatal, sino que se



encamina a cuestionar el análisis de fondo hecho en el laudo sobre los ítems expuestos en el tercer apartado del cargo quinto, aspecto que es ajeno al recurso extraordinario de anulación y escapa del margen de competencia de la Sala.

En efecto, el recurrente se limita a exponer la forma como considera que el tribunal debió resolver los temas expuestos en el cargo, e incluso emite juicios de valor sobre lo adecuado o inadecuado del análisis hecho en el laudo sobre tales puntos, lo cual entraña un debate propio del recurso de apelación, pero no de la anulación del laudo, y menos aún informa sobre la congruencia entre lo resuelto en el laudo y lo debatido por las partes, especialmente en la demanda y su contestación.

Agréguese a lo anterior que el primer tema expuesto en este acápite del recurso, referente a haberse aceptado la liquidación de la UPCM con un incremento del 1.8% y no del 2.0%, se alegó con base en un oficio del Ministerio de Salud, entregado con posterioridad a la fecha del laudo, situación que, a más de no dar lugar a fallo *citra petita* –por cuanto fue un aspecto resuelto en la providencia, solo que de manera contraria al interés de la convocante-, no podía conllevar a una modificación de la decisión, por cuanto infringiría el debido proceso y normas como el artículo 285 del Código General del Proceso, que establece que *“la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció”*. No existe en el ordenamiento, norma alguna que le imponga al juez modificar la sentencia con base en pruebas allegadas con posterioridad a su expedición.

En este punto debe añadirse, igualmente, que el recurrente cuestiona una vez más la supuesta extemporaneidad de la demanda arbitral y del laudo materia de recurso, aspectos que debió poner en conocimiento del tribunal arbitral en las oportunidades previstas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, so pena de no ser pasibles de análisis ni de decisión por parte del juez del recurso extraordinario de anulación, menos bajo la causal alusiva al vicio de incongruencia.

Por último, la Sala reitera que el laudo arbitral contiene pronunciamiento expreso sobre la excepción de *“compensación”*, alegada por Fiduprevisora S.A. y denegada por los árbitros por encontrar que no concurrían los presupuestos de esa modalidad de extinción de las obligaciones en el caso concreto, especialmente por no obrar prueba de que la contratista adeudara sumas de dinero a la entidad estatal, que pudieran ser compensadas a favor de la convocada. Es palmario que esa decisión es contraria al interés de Fiduprevisora S.A., lo cual, sin embargo, no habilita al juez del recurso de anulación para pronunciarse sobre tal materia, especialmente porque las decisiones contrarias al querer de las partes no entrañan una sentencia incongruente.



En ese orden de ideas, se advierte que no prospera el cargo quinto de anulación del laudo, formulado por la parte convocada.

7. Conclusiones

Así las cosas, se concluye que no hay lugar a declarar fundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el laudo arbitral dictado el 30 de abril de 2020, puesto que no se cumplieron los requisitos de procedibilidad del recurso frente a las causales 1, 2, 6 y 8 de anulación, invocadas por el censor, en tanto que los reproches formulados por el recurrente sobre la causal 7 –referente al fallo en conciencia- no se enmarcan en ella, mientras que los hechos alegados como fundamento de la causal 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 no encuadran en los supuestos que la configuran.

8. Costas

El inciso final del artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 dispone que “[S]i el recurso no prospera se condenará en costas al recurrente, salvo que dicho recurso haya sido presentado por el Ministerio Público”. A su vez, de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la misma ley, en la sentencia que resuelve el recurso de anulación “se liquidarán las condenas y costas a que hubiere lugar”.

En armonía con lo anterior y, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 366, numeral 1 del Código General del Proceso, se dispondrá que por Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, se proceda a liquidación de las costas causadas en el presente proceso.

Por otro lado –aunque también para efectos de la liquidación de las costas-, la Sala procederá a fijar las agencias en derecho, las cuales deben establecerse de conformidad con la naturaleza, la complejidad y la duración de la actuación que tuvo que desplegar la parte vencedora –aquí, la parte convocante- frente al respectivo recurso⁹⁰. Igualmente, la fijación de las agencias en derecho debe establecerse teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 5, numeral 9, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 -proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura- norma que señala como tarifa aplicable por concepto de

⁹⁰ A la luz del artículo 2 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, “Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites”.



agencias en derecho, para el trámite de los recursos extraordinarios, entre 1 y 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el presente caso, la Sala fijará por concepto de agencias en derecho a la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia, toda vez que el recurso se fundó en seis causales de anulación que fueron controvertidas por la parte convocante en su escrito de oposición al recurso, durante el término del traslado respectivo, a pesar de que frente a cuatro de ellas no se cumplió con los requisitos de procedibilidad, y a la par con ello, se evidenció que no prosperaron las dos causales restantes, entre otras por carecer de fundamento varias de las razones planteadas para darles sustentación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral del 30 de abril de 2020.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte convocada. Por Secretaría de la Sección, líquidense e inclúyase, por concepto de agencias en derecho, la suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la presente providencia.

TERCERO: En firme esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente



JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Presidente de la Sección

Aclaración de voto

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Aclaración de voto

Firmado electrónicamente

ALBERTO MONTAÑA PLATA

Aclaración de voto

Firmado electrónicamente

FREDY IBARRA MARTÍNEZ

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Salvamento de Voto

Firmado electrónicamente
GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Aclaración de voto

Firmado electrónicamente
NICOLÁS YEPES CORRALES

Aclaración de voto

VF



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejero ponente: **MARÍA ADRIANA MARÍN**

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)

Actor: COSMITET LTDA Y OTROS

Demandado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

FOMAG-La jurisdicción contencioso administrativo conoce del recurso de anulación, según clara regulación legal. FALLO EN CONCIENCIA–No se configura por asuntos relativos a la valoración de la prueba. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN–Se dictan por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA–Inquietudes constitucionales sobre su regulación legal.

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la decisión de 16 de septiembre de 2021, que negó el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de 30 de abril de 2020.

1. En mi opinión, no había lugar -como lo expresé en su momento- a que la Sala Plena avocara el estudio de este asunto, pues la naturaleza jurídica del FOMAG - estructura orgánica y asignación de funciones públicas, no obstante su manejo como patrimonio autónomo (Ley 91 de 1989)- no deja duda de que la jurisdicción contencioso administrativa conoce de los recursos de anulación de los laudos arbitrales proferidos en los que sea parte o con ocasión de los contratos que suscribe por medio de la fiduciaria a través de la cual se administra (arts. 46 Ley 1563 de 2012 y 149.7 CPACA). Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu (art. 27 CC).

En una próxima oportunidad, la Sala podrá estudiar el verdadero punto de controversia, consistente en determinar si la jurisdicción contencioso administrativa conoce de los recursos de anulación proferidos en procesos o con ocasión de contratos en los que sean parte patrimonios autónomos constituidos por entidades públicas de acuerdo con las reglas del derecho común. Entonces, le corresponderá a la Sala interpretar por *vía de doctrina*, en busca del verdadero sentido de la ley (art. 26 CC).

2. En cuanto a la causal de fallo en conciencia, acompañé la decisión porque -en esencia- sigue el criterio general y uniforme de la Sala, según el cual solo se



configura si se omite la valoración integral del acervo probatorio necesario para resolver el litigio.

3. El fallo se limitó a afirmar que se profería por importancia jurídica. Aunque el fallo no enuncia expresamente que sea de unificación de jurisprudencia, quedan interrogantes por resolver ¿el pretendido efecto “obligatorio” de este “tipo” de *sentencias de unificación* es coherente con el artículo 230 CN que en forma clara dispone que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, sino tan solo -como es lo propio de nuestro sistema jurídico- *criterio auxiliar* de la actividad judicial?

Como el artículo 270 del CPACA establece que se entenderán sentencias de unificación las que se profieran por importancia jurídica ¿el silencio del fallo sobre el punto le resta su condición unificadora? Si la respuesta es positiva, ¿podía la Sección Tercera “unificar” sobre un asunto que era claro según la regulación legal del FOMAG? Cuando se “unifica” y queda claro cuál es el asunto de “importancia jurídica” ¿cuál es el alcance del fallo frente a los demás aspectos que estudió? Y cuando se guarda silencio, como en esta oportunidad ¿cuál es el alcance del criterio sentado frente a todo lo que la Sala estudió?

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Firmado electrónicamente a través de SAMAI



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA**

Consejera Ponente: María Adriana Marín

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Recurso de anulación
Radicación: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)
Convocante: COSMITET Ltda. y otros
Convocado: Fiduprevisora S.A. - FOMAG
Tema: Recurso de anulación de laudo arbitral – Competencia del Consejo de Estado cuando la fiduciaria vocera de un patrimonio autónomo tiene naturaleza pública.

Aclaración de voto de los magistrados Martín Bermúdez Muñoz y Alberto Montaña Plata

Aunque compartimos la decisión de la Sala Plena conforme con la cual el Consejo de Estado es competente para conocer de este recurso de anulación, y estamos de acuerdo con el rechazo de los cargos formulados contra el laudo, presentamos esta aclaración de voto con tres propósitos:

1.- Primero, precisar que la Sala Plena no unificó su jurisprudencia en relación con la interpretación del inciso tercero del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012; no unificó su jurisprudencia relativa a la razón por la cual un recurso de anulación en el que interviene una FIDUCIARIA de carácter público debe ser conocido por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Por este motivo, tal interpretación no es vinculante en las decisiones subsiguientes de las subsecciones donde deba interpretarse dicha norma.

2.- Segundo, señalar las razones por las cuales consideramos que es equivocada la tesis del fallo, según la cual lo que determina la competencia del Consejo de Estado es la naturaleza de la <<entidad>> que representa la fiduciaria que interviene en el laudo arbitral. Consideramos que lo que determina la competencia del Consejo de Estado es la naturaleza de la entidad que interviene en el recurso de anulación, como textualmente lo dispone la norma. Esta posición la sostuvo la Subsección B en la providencia proferida el 2 de octubre de 2019, en la cual provocó un conflicto negativo de competencia; y el Consejo Superior de la Judicatura la acogió en la providencia del 20 de febrero de 2020, en la cual remitió el asunto a la jurisdicción ordinaria.

3.- Tercero, destacar la interpretación restrictiva que le dio la corporación a la causal séptima de anulación, la cual contradice la reciente jurisprudencia de la Subsección B al respecto.

i. La Sala Plena no adoptó una sentencia de unificación.

3.- Aunque en el proyecto inicial se proponía unificar el criterio jurisprudencial sobre la interpretación del inciso tercero del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, la Sala decidió no adoptar ninguna regla de unificación. De modo tal que la decisión objeto



de esta aclaración debe entenderse simplemente como la resolución de un caso concreto en la cual se dispone que el Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de anulación de un laudo y se exponen consideraciones no vinculantes, y a nuestro juicio innecesarias, para determinar la competencia del Consejo de Estado en este caso.

3.1.- La decisión votada en la Sala sobre la propuesta de unificación fue la de no sentar jurisprudencia sobre este punto, razón por la cual este fallo no tiene los efectos previstos en el artículo 270 del CPACA. Lo anterior quiere decir que las Subsecciones no están vinculadas a la interpretación del inciso tercero del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 expuesta en las consideraciones del fallo objeto de esta aclaración.

3.2.- La Subsección B ya resolvió un caso sobre la anulación de un laudo en el cual intervino una fiduciaria sometida al derecho privado⁹¹. En esa oportunidad, la Sala estimó que esa sola circunstancia determinaba la competencia de la jurisdicción ordinaria, razón por la cual no asumió el conocimiento de un recurso remitido por un Tribunal Superior y provocó un conflicto negativo de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura. En esa decisión se señaló:

<<24.- De este modo, si quien comparece el proceso arbitral como demandante o demandada es una fiduciaria de carácter privado, así actúe como vocera de un patrimonio autónomo conformado por recursos públicos, debe entenderse, para efectos de la aplicación de la regla de competencia establecida por el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que es una entidad de carácter privado y por lo tanto la competencia para conocer del recurso extraordinario de anulación será del Tribunal Superior - Sala Civil - de donde hubiese funcionado el tribunal de arbitraje. Si, por el contrario, la fiduciaria es una entidad pública, el competente para conocer del recurso de anulación será el Consejo de Estado.

<<25.- Y ello es así porque la regla establecida en el citado artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 señala que el recurso de anulación será competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado cuando se trate de un proceso arbitral en el que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones públicas por lo que el criterio determinante es la naturaleza de las partes o de la función y no el origen de los recursos que conformen el patrimonio. Y para la calificación de entidad pública debe darse aplicación a la Constitución Política, a la Ley 489 de 1998 y a la Ley 80 de 1993, normas de carácter sustancial y no al OPACA que, como ya se indicó, solo aplica para los trámites regulados en dicho estatuto>>.

3.3.- El conflicto de competencia fue resuelto por el Consejo Superior de la Judicatura en los siguientes términos⁹²:

<<Es menester precisar que esta Colegiatura comparte el criterio expuesto por el CONSEJO DE ESTADO – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B, en cuanto a que la previsión contenida en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 prima sobre lo dispuesto en el CPACA al respecto, por cuanto la Ley 1563 de 2012 no sólo es una

⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. Auto del 2 de octubre de 2019. Radicación 62199.

⁹² Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. 20 de febrero de 2020. M.P. Julia Emma Garzón de Gómez. Radicación 17361-39.



norma especial sino posterior a dicho Código, expedido en virtud de la Ley 1437 de 2011>>.

- ii. **Las razones de la discordancia con la consideración según la cual no es solo la naturaleza de la entidad que interviene en el laudo la que determina la competencia para conocer el recurso de anulación.**

A.- La decisión el Consejo de la Judicatura debe acatarse.

4.- Si el Consejo de la judicatura ya había tomado una determinación sobre este punto y dicha corporación es la competente para resolver los conflictos de competencia, la Sala ha debido simplemente acoger tal decisión.

4.1.- En un punto en el que los justiciables deberían tener total claridad y respecto del cual esta Corporación no debería generar inseguridad jurídica, como es el de saber quién debe resolver un recurso de anulación contra un laudo arbitral en el que intervino una fiduciaria, hay dos decisiones para <<orientarse>>:

a.- La del Consejo Superior de la Judicatura⁹³ del 20 de febrero de 2020, que coincide con la adoptada por la Subsección B en la providencia del 2 de octubre de 2019.

b.-La que podría adoptarse siguiendo las motivaciones expuestas en el fallo objeto de esta aclaración.

B.- La tesis expuesta en las consideraciones no vinculantes de la sentencia, objeto de esta aclaración, es distinta de la acogida por la Subsección B y por el Consejo Superior de la Judicatura.

5.- En la sentencia objeto de esta aclaración se afirma que la Sección Tercera del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso, no por la condición de entidad estatal de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. que intervino en el recurso, sino por la naturaleza pública del FONDO que la FIDUCIARIA representaba, que es el FOMAG. La sentencia señala que la competencia para conocer del recurso de anulación será de la jurisdicción de lo contencioso administrativo porque se trata de un FONDO constituido con recursos públicos.

5.1.- A partir de la página 24 se concluye en la providencia objeto de esta aclaración:

<<En estos términos, si bien quien afrontó procesalmente el proceso arbitral fue la compañía Fiduprevisora S.A., lo hizo como representante y vocera del Fomag y, en consecuencia, se considera que para los efectos de lo previsto en el artículo 46 de la Ley 1563 quien “intervino” en el proceso fue el Fondo y no su representante, pues la Sala acoge aquí la postura de que esta exigencia legal está referida al patrimonio sobre el que recaen los efectos de las decisiones que se adopten, y no a quien lo represente judicial o extrajudicialmente (...)>>

<<Se sigue de todo lo anterior – y lo reitera la Sala- que el patrimonio autónomo constituido con los recursos del Fomag es el centro de imputación de las obligaciones y derechos que surjan con ocasión de los contratos celebrados

⁹³ Ídem.



por su vocero y representante legal, y que a la luz de las normas legales y reglamentarias que gobiernan el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal docente del Magisterio, es procedente y jurídicamente admisible entender el Fomag como un sujeto de derechos y obligaciones, aunque representado por otra entidad del Estado, en virtud de la fiducia mercantil ordenada por el legislador y con los propósitos igualmente previstos por este, orientados al logro y garantía de unos fines públicos determinados. Desde ese punto de vista, se concluye que los recursos de anulación interpuestos contra los laudos en los que interviene el Fomag a través de la fiduciaria vocera son del conocimiento de esta jurisdicción, pues es claro, en los términos del artículo 46 - inciso tercero de la Ley 1563 de 2012, que en el conflicto “intervino” el Fomag, representado por una sociedad fiduciaria.>>

5.2.- En primer lugar, no puede considerarse que un FONDO pueda ser un <<centro de imputación>>. Las disposiciones normativas referidas a la organización del FONDO no pueden alterar su naturaleza y darle el carácter de entidad. Tampoco puede asimilarse la naturaleza pública de los recursos del FONDO con el ejercicio de la función administrativa.

5.3.- En segundo lugar, si en la lógica de la providencia objeto de este salvamento, la naturaleza del FONDO es lo que cuenta para determinar la competencia, y no la naturaleza de la FIDUCIARIA que interviene en el recurso, ello querría decir que cuando una FIDUCIARIA <<estatal>> obra como vocera de <<FONDOS PRIVADOS>>, el competente sería la justicia ordinaria. Y cuando una FIDUCIARIA <<privada>> que obró como vocera de un <<FONDO PÚBLICO>> es la que interviene en el recurso de anulación, la Sección Tercera del Consejo de Estado sería la competente para conocerlo. Esa tesis – que no es vinculante – es contraria a la expuesta por la subsección B en la providencia del 2 de octubre de 2019⁹⁴ y acogida en la proferida el 20 de febrero de 2020⁹⁵ por el Consejo Superior de la Judicatura.

C.- La ley dispone una regla clara y especial que debe aplicarse y se desconoce en las consideraciones no vinculantes de la sentencia que fundamentan la Competencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado para resolver el recurso.

6.- No es adecuado que el Juez, en vez de aplicar el texto literal de una norma de competencia sobre un asunto particular y específico, atendiendo a lo que dice, se dedique a exponer consideraciones valorativas acerca de cuál **debe** ser la jurisdicción competente, sin partir de la lectura de la norma. De este modo, lo que en realidad hace es abrir el camino para desconocer lo que la norma dispone.

6.1.- Las normas procesales que indican ante quién debe tramitarse un proceso, hasta cuándo debe interponerse una demanda o un recurso, cuál es el término en el que debe ejercerse un derecho, o cuáles requisitos deben cumplirse para hacerlo son normas que **limitan** el ejercicio de los derechos sustanciales. Lo hacen **arbitrariamente** para fijar reglas claras que le otorguen seguridad a todos

⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B. Auto del 2 de octubre de 2019. C.P. Radicación 62199.

⁹⁵ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria. 20 de febrero de 2020. M.P. Julia Emma Garzón de Gómez. Radicación 17361-39.



los involucrados y que les permitan participar en condiciones de igualdad con fundamento en reglas previas y claras.

6.2.- Establecer un juez competente implica prohibir que la acción se adelante ante otro; determinar un término implica prohibir que se ejerza el derecho inmediatamente después de que el término venció; consagrar un requisito implica rechazar la petición que no lo cumpla. La función del juez frente a este tipo de disposiciones consiste en *aplicarlas* porque fueron las reglas que adoptó el legislador para regular la marcha del proceso. Apelar a sus finalidades o al derecho de <<acceso a la administración de justicia>> o a principios como el del <<exceso ritual manifiesto>> para desconocerlas implica desconocer la función del proceso como regla previa que garantiza el ejercicio de los derechos de todos. Resolver sin considerar su tenor literal, que es lo que se hace en el fallo objeto de la aclaración, viola el *debido proceso* porque desconoce la regla previa que imperativamente debe *aplicarse*.

6.3.- Cuando el legislador estableció que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la competente para conocer del recurso solo cuando una entidad pública o que desempeñara funciones públicas *interveniera* en el recurso no enunció un <<criterio>>: dispuso una regla clara y sencilla. La competencia del Consejo de Estado depende de que una de las entidades que interviene en el recurso (y que por ende intervino en el proceso arbitral) es una entidad pública o ejerce funciones administrativas. El legislador consideró que ese era el factor determinante, seguramente porque estimó que, si era una entidad pública la que intervenía en el proceso arbitral y en el recurso, lo más probable sería que el contrato fuera estatal y que el arbitramento se hubiera tramitado teniendo en cuenta las reglas especiales para tales casos. Pero independientemente de cuál fue la razón, adoptó una regla clara, que el Juez está obligado a aplicar.

6.4.- La regla de competencia para el conocimiento de los recursos de anulación está contenida en el inciso tercero del artículo artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, conforme con la cual:

<<La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es la competente para resolver el recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas>>.

6.5.- La pregunta que debía contestar el Consejo de Estado para resolver sobre su competencia, era simple ¿La entidad convocante o la convocada, que son las que interviene en el recurso, tienen la condición de entidad pública, o son entidades que desempeñan funciones públicas? Si se respondía afirmativamente, era competente: si se respondía negativamente, no lo era, y por lo tanto, el recurso debe ser conocido por la jurisdicción ordinaria.

6.6.- La Sala, en las consideraciones que no compartimos, <<problematiza>> el asunto señalando:

<<3. Jurisdicción y competencia

<<a) Naturaleza del Fomag y los recursos que lo componen



<< De conformidad con el artículo 46, inciso tercero de la Ley 1563 de 2012, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es la competente para resolver el “recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas”.

<< Se advierte de esta manera que la indicada norma especial de competencia adopta tanto un criterio **orgánico como material de la administración, de modo que cobija ampliamente los asuntos resueltos por la justicia arbitral en los que resulte comprometida la actividad del Estado, particularmente la administrativa.**

<< Desde el punto de vista orgánico expuesto en el artículo 46 de la Ley 1563, en particular, en lo que se refiere a los asuntos “en los que intervenga una entidad pública”-, la cuestión que debe abordarse, **en primer término, es la de determinar quién intervino en el conflicto que se resolvió en el laudo cuestionado y si tal interviniente es o no una entidad pública.**

<< Para resolver esos interrogantes, debe precisarse que la controversia resuelta en el laudo arbitral cuestionado se suscitó entre la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A. –entidad de carácter estatal- la cual actuó como representante y vocera del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag-, y la unión temporal Magisalud 2, con ocasión del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales 12076-111-2012 del 2 de agosto de 2012>>

6.7.- No es cierto que la norma adopte un criterio <<orgánico y material>> y de ninguna manera la norma <<cobija ampliamente los asuntos resueltos por la justicia arbitral en los que resulte comprometida la actividad del Estado>>. Esto no tiene fundamento normativo alguno, pues el carácter de entidad pública está establecido en la Constitución y en la Ley 489 de 1998. La norma determina la competencia teniendo en cuenta la naturaleza de la <<entidad>> que interviene en el recurso de anulación, que es un trámite jurisdiccional. De su texto, de ninguna manera puede deducirse que debe asumirse competencia en los asuntos en los que resulte comprometida la actividad del estado.

6.8.- No es necesario, como dice el fallo, determinar la naturaleza de la entidad que intervino en el <<conflicto>>. Lo que es necesario determinar es cuál es la naturaleza de la entidad que interviene en el <<recurso>>, que es la misma entidad que intervino en el <<proceso arbitral>>.

6.9.- Tampoco es adecuado considerar que, cuando la fiduciaria que maneja los recursos del FOMAG, que es una cuenta especial <<sin personería jurídica>> (i) celebra un contrato (ii) participa en un proceso arbitral y (iii) es vinculada como parte en el recurso de anulación, obra en **nombre y representación** del FONDO, que es una <<cuenta especial sin personería jurídica>>. No puede afirmarse lo anterior para concluir que quien **interviene** en el proceso arbitral y en el recurso de anulación es el FONDO y no la FIDUCIARIA. Esa afirmación no tiene sustento legal.

6.10.- Es cierto que el patrimonio de la FIDUCIARIA no puede confundirse con el del FONDO que maneja y que se trata de patrimonios separados, por lo que los



acreedores del FONDO no pueden embargar bienes de la FIDUCIARIA. Pero ello no significa que ese FONDO, que es una <<cuenta especial sin personería jurídica>>, sea una <<entidad>> representada por la FIDUCIARIA. Menos significa que sea el FONDO quien en realidad interviene en el contrato, en el proceso arbitral y en el recurso. La FIDUCIARIA no actúa como representante de otra entidad: obra como vocera o representante de un FONDO sin personería jurídica lo cual es totalmente distinto. La única entidad con personería jurídica (que celebra el contrato, pacta el arbitramento, participa en el proceso arbitral y luego en el recurso de anulación) es la FIDUCIARIA, incluso es la única a la cual se le otorga número de identificación tributaria (N.I.T).

6.11.- La función de la FIDUCIARIA como vocera o representante del FONDO no puede compararse con la función de un representante legal de una ENTIDAD. Una cuenta sin personería jurídica no es una ENTIDAD porque no tiene capacidad para celebrar contratos ni para participar en un proceso judicial; la cuenta especial sin personería es un mecanismo introducido por el legislador para destinar recursos a un propósito específico sin crear una entidad pública, a partir de la concepción objetiva de las obligaciones y del patrimonio. Esa concepción implica que las obligaciones no están vinculadas a un sujeto sino a un patrimonio y permite que los patrimonios sean manejados por una entidad que se realiza los actos dirigidos a cumplir las finalidades para las cuales se destinaron tales recursos.

6.12.- La cita que se hace en la página 25 el fallo objeto de la aclaración explica con claridad lo anterior: *“como bien lo afirma Redenti (las Fiduciarias) no actúan, como representantes legales sino en su carácter o calidad de gestores autónomos y autodeliberantes, en función de aquellos intereses objetivos previamente establecidos o de los intereses del titular desconocido o incierto. Por ello surge así una figura que no coincide, ni con el estar en el juicio a nombre propio, ni con el estar en el juicio a nombre ajeno”*.

6.12.- La FIDUCIARIA celebra el contrato y contrae obligaciones que cubre con los recursos del FONDO; la FIDUCIARIA es la PARTE en el contrato y lo celebra siguiendo las normas a las cuales ella está sometida. La fiduciaria es demandada en un proceso arbitral si incumple las obligaciones contraídas en el contrato, e interviene como PARTE en ese proceso a través de un apoderado que el representante de la FIDUCIARIA designa; en el laudo se le imponen obligaciones patrimoniales que cubre con los recursos del FONDO, lo que no quiere decir que obre como *representante* de otra entidad: es vocera o representante de un FONDO. No quiere decir que sea el FONDO el que interviene en el proceso: el FONDO no es una entidad, es una *cuenta especial sin personería jurídica*, como textualmente lo dispone la ley.

6.13.- En el fallo se invoca el artículo 104 del CPACA para defender la tesis de que el FOMAG, es una entidad pública, así se trate de una cuenta especial <<*sin personería jurídica*>>. Esta norma general no resulta aplicable para fijar la competencia para conocer un recurso que cuenta con una norma especial. El artículo 104 del CPACA advierte que <<*La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales*>> y en su parágrafo dispone: <<*Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior*



al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.>>

6.14. - Entre el artículo 104 del CPACA y el ya citado artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, debe aplicarse el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, en la medida en que es una ley especial y posterior respecto de la Ley 1437 de 2011.

6.15. - En lo que respecta a la especialidad del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, cabe destacar que dicha Ley fue expedida para que fungiera como “*Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional*” de Colombia. Por lo tanto, esta Ley corresponde al ordenamiento que contiene la totalidad de las normas atinentes al arbitraje en nuestro país. Respecto del recurso de anulación, la Ley 1563 de 2012 estableció sus generalidades, las causales del recurso, su trámite, los efectos de la sentencia de anulación y la competencia para conocer del mismo. En virtud de lo anterior, al ser la anulación un recurso contra de un laudo arbitral, respecto de la competencia para conocerlo debe preferirse la aplicación de la Ley 1563 de 2012, que condensa el régimen jurídico aplicable a este método alternativo de solución de conflictos, frente a la Ley 1437 de 2011, que se circunscribe al Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6.16. - En lo atinente a la posterioridad del artículo 46 del Estatuto Arbitral, es evidente que la Ley 1563 de 2012 es ulterior a la Ley 1437 de 2011. Al respecto se pronunció la Sentencia del 23 de septiembre de 2015 (Exp. 53054), que estableció que el numeral 7 del artículo de la Ley 1437 de 2011 fue modificado por el inciso final del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012⁹⁶. Compartimos dicha conclusión en la medida en que el CPACA únicamente se refería a la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer del recurso de anulación en contra de laudos arbitrales, mientras que el Estatuto Arbitral, posterior al CPACA, condensó el régimen jurídico aplicable al arbitraje nacional e internacional colombiano.

6.17.- Incluso a pesar de lo anterior, independientemente de la definición de entidad pública del artículo 104 del CPACA, lo cierto es que la naturaleza de la entidad que interviene en el recurso es lo que determina la competencia para conocer de éste. Y un FONDO que es una cuenta especial sin personería jurídica no puede intervenir en un recurso.

⁹⁶ “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

‘7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado’.

La norma en cita otorgaba a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de los recursos de anulación que definieran controversias en conflictos relativos a contratos, en los que fuera parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones del Estado, de tal suerte que la competencia estaba dada por la naturaleza jurídica de quien fuera parte en el contrato que daba origen al litigio.

No obstante, la disposición transcrita debe entenderse modificada por el inciso final del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012 (Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, norma posterior al CPACA⁹⁶), el cual dice que, “...cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo (sic) arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado”.



6.18.- En conclusión, lo que determina la competencia es simplemente la naturaleza de la entidad que *interviene* en el recurso. No interesa determinar si interviene en nombre propio o en representación de un FONDO; ni interesa determinar si los efectos de la decisión que se adoptó en el laudo recaen sobre su patrimonio o sobre un patrimonio que administra la FIDUCIARIA que interviene en el proceso.

iii. La interpretación restrictiva que le dio la Corporación a la causal séptima de anulación contradice la reciente jurisprudencia de la Subsección B de la Sección Tercera al respecto.

6.19.- Por último, no es cierto, como lo afirma la sentencia, que *“solo es posible invocar la causal de fallo en conciencia cuando es inexistente el sustento probatorio o cuando se desconoce en forma manifiesta e injustificada la prueba que sea indispensable para fallar”*, pues de conformidad con la jurisprudencia reciente de la Subsección B, no solo la inexistencia absoluta del sustento probatorio configura la causal 7 de anulación, sino también la referencia por parte de los árbitros a pruebas que no fundamentan objetivamente la decisión⁹⁷.

Fecha *ut supra*

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 3 de abril 2020, exp. 63513; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de abril de 2017, exp. 55852.



Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)
Convocante: Cosmitet Ltda Y Otros
Convocado: Fiduprevisora S.A. – Fomag
Referencia: Recurso De Anulación De Laudo Arbitral



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)
Convocante: COSMITET LTDA Y OTROS
Convocado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG
Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL
Asunto: ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé, sin reserva alguna, la decisión adoptada por la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo al resolver, por importancia jurídica, el recurso de anulación interpuesto por la parte convocada contra el laudo de fecha 30 de abril de 2020 –cuya corrección fue denegada el 12 de mayo del mismo año–, proferido por el Tribunal Arbitral constituido para resolver las diferencias surgidas entre los miembros de la Unión Temporal Magisalud 2 –parte convocante– y la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag–, y en el que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el sentido de DECLARAR INFUNDADO el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral del 30 de abril de 2020.

Es mi intención, con esta aclaración, exponer en la forma más sintética posible, los motivos que me llevaron a considerar, en el mismo sentido que lo hizo la Sala, en aplicación del inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, que esta Sección es competente para resolver el “*recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales en los que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas*”, algunos de los cuales fueron más amplia y profusamente desarrollados por la Señora Ponente.

1. La prescripción normativa que fungió como fuente formal de tal decisión dispone: *Cuando se trate de recurso de anulación y revisión de laudo <sic> arbitrales en los que **intervenga una entidad pública** o quien desempeñe funciones administrativas, será competente la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del*



Consejo de Estado. Los retos hermenéuticos que suponía su aplicación residían en la comprensión del vocablo y expresión que he resaltado con letra negrilla en la cita del texto normativo.

Pues bien, respecto del primero de ellos, asumo que, en ese contexto normativo, el sentido de la expresión relativa a la acción “*intervenir*” obligaba a una remisión al ámbito de los sujetos procesales (partes, terceros e intervinientes en sentido restringido). En este caso particular, al entendimiento del concepto de “*parte*” dentro del proceso, esto es —según Chiovenda⁹⁸— de aquel que demanda una actuación de la ley en nombre propio, o en cuyo nombre se demanda aquella, y aquel frente a quien esa actuación es demandada; parte que —como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia— lo es el patrimonio autónomo y no la fiduciaria⁹⁹, a diferencia de cuando es llamada a responder por extralimitación en el ejercicio de las funciones que como profesional le corresponden en el encargo fiduciario, en las que asume la responsabilidad directa¹⁰⁰.

Tratándose de los patrimonios autónomos, su entendimiento como partes dentro del proceso ha dado lugar a intrincados problemas en la doctrina, especialmente cuando se ha partido del supuesto de la identidad entre la capacidad civil y la capacidad para ser parte. Sin embargo, considero que el asunto se encuentra superado en nuestro derecho positivo por cuanto el art. 53.2 del Código General del Proceso les reconoce a los patrimonios autónomos capacidad para fungir como parte en el proceso. Por tanto, no encuentro dificultad para concluir que en las circunstancias de la litis que concernía estudiar a la Sala, la *intervención* en el proceso arbitral se encontró a cargo del Patrimonio Autónomo, para el caso, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag–.

Vistas así las cosas, que la norma exija que ese *interviniente* en sentido lato sea una “*entidad*”, no debe entrañar obstáculo alguno para decidir la competencia de la

⁹⁸ CHIOVENDA, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tr. de la 3ª ed., Madrid, Reus, 1922. t. II, p. 6.

⁹⁹ «Lo anterior significa que las disputas de competencia entre factores se resuelven en pro de la “calidad de las partes”. Y las que surgen por “razón del territorio” quedan subordinadas a la “materia” y el “valor”. En otras palabras, frente a disputas de foros, como los privativos del artículo 28, numerales 7º y 10º, los arbitra el factor objetivo. En ese caso, el foro personal debe ceder ante el real. || 2.6. En todo caso, en el subjúdice no hay lugar a observar el auto de unificación de la mayoría, supra citado; la razón estriba en que si bien la demanda de pertenencia se dirige contra una de las entidades señaladas en el artículo 28, numeral 10 del Código General del Proceso, debe entenderse que no lo es en calidad de “parte”, sino, simplemente, como vocera de un patrimonio autónomo». CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, auto del 21 de abril de 2021, rad. núm. 11001-02-03-000-2020-03416-00.

¹⁰⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencias del 31 de mayo de 2006, exp. 0293; reiterada en la sentencia del 26 de agosto de 2014, rad. núm. 11001 31 03 026 2007 00227 01.



Sección Tercera en este asunto. Ello vendría relevante si el derecho positivo no les hubiere reconocido capacidad a los patrimonios autónomos para ser parte, y siempre que se asumiera la existencia de identidad entre la capacidad para ser parte y la capacidad civil; no así en este caso, puesto que, como queda visto, el Código General del Proceso ha resuelto el asunto.

2. Finalmente, la naturaleza pública del patrimonio autónomo bien podía inferirse como lo hizo la Señora Ponente, en función del origen de los recursos constitutivos del Fondo, en cuanto, mediante la fiducia, el patrimonio autónomo se configura con unos bienes del fideicomitente afectos a la finalidad contemplada en el acto constitutivo (art. 1233, Código de Comercio), y los recursos y bienes públicos están afectos, *per se*, a los fines esenciales del Estado (artículo 3, Ley 610 de 2000)¹⁰¹. De esta forma, la naturaleza de los bienes constitutivos del patrimonio autónomo y los fines para los que éste debe servir determinan, a su vez, la naturaleza del patrimonio autónomo.

En los anteriores términos dejo presentada mi aclaración.

Fecha *ut supra*.

JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS
Magistrado
Firmado electrónicamente

¹⁰¹ Al respecto: CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, sentencia del 19 de mayo de 2016, rad. núm. 68001-23-33-000-2013-01024-01.



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO NICOLÁS YEPES CORRALES

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)

Convocante: COSMITET LTDA Y OTROS

Convocado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Asunto: ACLARACIÓN DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la decisión adoptada por la Sección Tercera de lo Contencioso Administrativo al resolver, por importancia jurídica, el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral proferido el 30 de abril de 2020 por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre la Unión Temporal Magisalud 2 y la sociedad Fiduciaria La Previsora S.A., como administradora y vocera del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio –Fomag, mediante la cual declaró infundado el recurso extraordinario de anulación, pues comparto la decisión y los fundamentos a partir de los cuales la Sala concluyó que esta Sección es competente para resolver el recurso de anulación formulado por la parte convocada.

Aclaro el sentido de mi voto, con el fin de anotar que en el caso en ciernes, para determinar que la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, además de tener en cuenta el origen público de los recursos con que se constituyó el patrimonio autónomo y la circunstancia de ser este un centro de imputación jurídica, resulta indispensable considerar igualmente para ello que la jurisdicción que debe conocer de estos asuntos no está determinada por la naturaleza del fiduciario, pues su actuación está determinada por las instrucciones que dicte el constituyente en el negocio fiduciario y por la afectación que se imprima a los recursos que conforman el patrimonio en los específicos términos del acto constitutivo, de donde la naturaleza del constituyente también es un factor relevante para determinar que ámbito jurisdiccional debe conocer de litigio, así como que se trate de aquellas controversias no excluidas legalmente del conocimiento de esta jurisdicción,

En este sentido dejo aclarada mi posición respecto al caso objeto de estudio.

Fecha ut supra.



Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)
Convocante: Cosmitet Ltda Y Otros
Convocado: Fiduprevisora S.A. – Fomag
Referencia: Recurso De Anulación De Laudo Arbitral

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SALA PLENA

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)

Actor: COSMITET LTDA. Y OTROS

Demandado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL – aclaración de voto a la providencia de 16 de septiembre de 2021 – Consejera Ponente: María Adriana Marín

ACLARACIÓN DE VOTO

Temas: *RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN – Competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocer de los recursos de anulación en los que interviene, entre otros, una entidad pública.*

Con el acostumbrado respeto por los fallos de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, me permito, a continuación, justificar las razones de esta aclaración de voto frente a la providencia aprobada por la Sala el 16 de septiembre de 2021, mediante la cual se declaró infundado el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte convocante contra el laudo arbitral de 30 de abril de 2020 y se condenó en costas a la parte convocada.

Si bien coincido con la Sala frente a que el recurso debe declararse infundado, algunas de las consideraciones en las que se fundamentó la competencia para conocer de recurso de anulación interpuesto merecen de mi parte las siguientes aclaraciones.

En particular considero que en el presente caso efectivamente le corresponde a esta jurisdicción conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto porque, sin importar la naturaleza del patrimonio autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG¹⁰², lo que resulta determinante para justificar ese conocimiento estriba en que los efectos del laudo arbitral recurrido a través del

¹⁰² “Ley 91/89. Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato (sic) de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional”.



recurso en cuestión recaen sobre esa cuenta especial de la Nación, integrada por recursos públicos¹⁰³.

Además, para el caso del FOMAG, es el patrimonio autónomo constituido de acuerdo con las directrices de la Ley 89 de 1991 el que lo representó en la instancia arbitral y también en el trámite del presente recurso extraordinario de anulación, con mayor razón si, con el artículo 53 del CGP, los patrimonios autónomos se encuentran entre quienes pueden ser parte en un proceso.

Con ese entendimiento y coincidiendo con las consideraciones de la providencia de la Sala, en el sentido de que debe reconocerse de la complejidad que caracteriza a la actual estructura de la administración pública y de la constante evolución en su concepción y enfoque, la “entidad pública” –a términos del inciso 3º del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012– es precisamente el FOMAG, representado legalmente en este caso por el referido patrimonio autónomo.

En estos términos, dejo consignada mi aclaración frente a lo decidido por la Sala en la providencia de 16 de septiembre de 2021.

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada

¹⁰³ “Ley 91/89. Artículo 8. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estará constituido por los siguientes recursos:

“El 5% del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo.

“Las cuotas personales de inscripción equivalentes a una tercera parte del primer sueldo mensual devengado, y una tercera parte de sus posteriores aumentos.

“El aporte de la Nación equivalente al 8% mensual liquidado sobre los factores salariales que forman parte del rubro de pago por servicios personales de los docentes.

“El aporte de la Nación equivalente a una doceava anual, liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.

“El 5% de cada mesada pensional que pague el Fondo incluidas las mesadas adicionales, como aporte de los pensionados.

“El 5 por mil, de que hablan las Leyes 4 de 1966 y 33 de 1985, a cargo de los docentes, de toda nómina que les pague la Nación por servicios personales.

“7. El porcentaje del IVA que las entidades territoriales destinen para el pago de las prestaciones del Magisterio.

“Las sumas que debe recibir de la Nación y de las entidades territoriales por concepto de las prestaciones sociales adeudadas, así como los dineros que por el mismo concepto resulten adeudar la Caja Nacional de Previsión Social y el Fondo Nacional de Ahorro, las cuales se destinarán a constituir las reservas para el pago de las prestaciones económicas. Para este último efecto, el Fondo realizará un corte de cuentas con las mencionadas entidades con el fin de determinar las sumas que éstas adeudan al momento de su iniciación. Dicho corte de cuentas deberá estar perfeccionado a más tardar en un año.

“Las utilidades provenientes de las inversiones que haga el Fondo con fines de rentabilidad y los intereses recibidos por concepto de los préstamos que concedan.

“Los recursos que reciba por cualquier otro concepto.

“Parágrafo. En ningún caso podrán destinarse los recursos del Fondo al pago de prestaciones sociales para personal diferente al señalado en el artículo 4 de la presente Ley, en concordancia con el artículo 2”.



Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)
Convocante: Cosmitet Ltda Y Otros
Convocado: Fiduprevisora S.A. – Fomag
Referencia: Recurso De Anulación De Laudo Arbitral

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.





Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)
Convocante: Cosmitet Ltda Y Otros
Convocado: Fiduprevisora S.A. – Fomag
Referencia: Recurso De Anulación De Laudo Arbitral



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número: 11001-03-26-000-2020-00076-00 (66091)

Convocante: COSMITET LTDA Y OTROS

Convocado: FIDUPREVISORA S.A. – FOMAG

Referencia: RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

Me he apartado de la decisión mayoritaria de la Sala, al estimar que varias de las razones que ofrece la sentencia para considerar que la jurisdicción contencioso administrativa, por intermedio del Consejo de Estado, es la competente para conocer del presente recurso extraordinario de anulación, no son acertadas, además de lo cual plantean serias inquietudes desde la perspectiva normativa, el régimen del contrato de fiducia y, en general, de los criterios sobre los que la ley ha venido edificando la jurisdicción y competencia en estas materias.

Recogiendo determinaciones anteriores en las que se apelaba a considerar que por razón de la naturaleza como entidad pública del administrador fiduciario (participación estatal en el capital social), el recurso de anulación de laudos arbitrales era de conocimiento del Consejo de Estado, así como algunas de las discusiones que en relación con esa temática se dieron, de cara, por ejemplo, a conflictos en los que intervenía una fiduciaria privada que fungía como vocera y representante de un patrimonio autónomo con recursos públicos, ha entendido la Sección Tercera, en esta ocasión que, en tanto "*las obligaciones derivadas de contratos como el de prestación de servicios médico-asistenciales N° 12076-111-2012 del 2 de agosto de 2012 recaen en el Fomag y, por tanto, no se refieren a los negocios que celebra la Fiduciaria en su propio interés patrimonial*", es pertinente dar aplicación al párrafo del artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 con el fin de informar el enunciado normativo contenido en el artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, al tenor del cual conocerá el Consejo de Estado del recurso extraordinario de anulación que comprometa laudos arbitrales en los que intervenga una *entidad pública*.

Considero que, al apelar a la integración normativa de estos dos artículos, la decisión recorre temas que, a no dudarlo, son ajenos al asunto objeto de definición y al propio régimen normativo del contrato de fiducia mercantil, como resultaría, por ejemplo, de la estructura de gobierno, administración y dirección del patrimonio autónomo. Pero al margen de esta circunstancia, da a entender con una generalidad que se apresta a causar serios problemas en el tráfico jurídico - mercantil y judicial,



que el carácter público de los recursos incorporados al patrimonio autónomo, le da la connotación de entidad pública y, conforme a esta cualificación, interpreta cumplido el criterio orgánico de asignación de competencia del recurso de anulación ante esta jurisdicción. Esta conclusión, a mi juicio, es incompleta y por lo mismo, no es acertada, pues el patrimonio autónomo no adquiere el carácter de entidad pública por el origen de los recursos, como tampoco lo es por la calidad del fideicomitente, y menos aun por la conformación de sus órganos de gobierno y administración.

Con tal interpretación, la Sala ha decidido introducir un elemento ajeno al criterio orgánico previsto en el artículo 104 del CPACA para definir los asuntos que son materia de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que lleva de paso a confundir conceptos que no comparten igual naturaleza jurídica, ni obran como condición entre sí. Explican de una mejor manera esta circunstancia, hipótesis tales como aquella según la cual existen personas jurídicas de derecho privado que manejan recursos públicos bajo diferentes esquemas legales y contractuales, sin perder o mutar su naturaleza, como ocurre con las asociaciones gremiales, o instituciones financieras privadas que administran productos o portafolios que incluyan recursos del Estado, al igual que entes fiduciarios de carácter privado que son titulares de patrimonios autónomos en los que se han incorporado cuantiosos recursos de origen estatal para la realización de múltiples y variados proyectos, por solo citar unos pocos ejemplos.

Con todo, viene bien precisar, en atención a los elementos y fines del mecanismo fiduciario, que comparto que el carácter público de los recursos no desaparece por el acto de transferencia hacia un patrimonio autónomo, pero con la precisión de que, ello es así, no porque la titularidad se retenga en la Nación, sino en tanto, por virtud del contrato de fiducia mercantil, dicha calidad se sitúa en la *causa fiduciae* esto es, en la finalidad a la que quedan afectos tales recursos según la determinación contractual de la voluntad del fideicomitente a la que está atada la propiedad fiduciaria. Por ello, entre otras cosas, a manera de ejemplo, los contratos que celebre una sociedad Fiduciaria como representante del patrimonio, y por ende, con cargo al mismo, en cumplimiento de la finalidad, no pueden ser catalogados como contratos estatales, pues el instrumento comercial no se corresponde necesariamente con la naturaleza de los recursos; de este modo, aun cuando medien aportes de impronta pública en la ejecución de un contrato que en tales condiciones suscriba una Fiduciaria, ésta funge como vocera, representante y administradora del patrimonio autónomo que es, en efecto, el centro de imputación de la responsabilidad patrimonial, circunstancia que no desdice de que sea la Fiduciaria la parte que celebró el contrato.

Por ello, a juicio del suscrito, una interpretación como la realizada en la decisión de la que discrepo, resulta insuficiente, al dejar de lado la interpretación sistemática de los artículos 104 y 105 de la Ley 1437 de 2011 que, sin duda, constituyen una unidad normativa.

Se dirá por algunos lectores del fallo del que me aparto, que la Sala sí discurrió en el análisis del citado artículo 105, en tanto reservó algunas líneas para descartar su mandato normativo, situación que no puede ser objeto de disenso por parte del suscrito.

La crítica que en forma respetuosa se hace, no refiere a que no se hubiere analizado tal normativa, sino que la interpretación pertinente no se efectuó de manera



sistemática, derivando de tal falencia conclusiones que resultarían incomprensibles para el lector, tales como aquella según la cual, para efectos del artículo 46 de la ley arbitral, mediando un pacto arbitral, el Consejo de Estado sí intervendrá en conflictos de naturaleza contractual, al paso que, frente a esos mismos conflictos, la jurisdicción de lo contencioso no tendrá esa misma competencia, en ausencia de tal pacto. Preciso sobre esta idea, que no me refiero a conflictos de naturaleza contractual desde la perspectiva procesal, esto es, del medio de control, sino desde la perspectiva sustantiva, esto es, la atinente al núcleo o materia sobre el que gravita la disputa.

A juicio del suscrito, la interpretación sistemática de la ley implica no solo que la conclusión sea útil para los efectos de la decisión que se adopta, sino que además no se sirva de la construcción de premisas que a su paso sienten ideas que en otros escenarios desarticulan variados elementos del sistema normativo.

Bajo el CPACA, el párrafo del artículo 104 se integra en su interpretación y aplicación de manera inescindible a su norma conexas. Así, cuando medie la actuación de uno de los sujetos especificados en el numeral 1 del artículo 105 de la misma ley, se excluirá la aplicación unívoca de la regla orgánica del art 104, para estar acompañada con una regla material atiente a la naturaleza, objeto y origen del conflicto. Este numeral enseña que las controversias relativas a la responsabilidad contractual, que es expresión que va más allá del mismo enunciado del mecanismo de control contractual, que comprometa a las instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores, y dentro de la primera categoría, a las fiduciarias, no son del conocimiento de esta jurisdicción. Precisa la norma que tales conflictos deben corresponder a aquellos que se derivan del giro ordinario de los negocios de dichas entidades.

Como se sabe, esta última calificación normativa –giro ordinario de los negocios– vino a plantear un aspecto controversial que se pensaba ya superado, cuando la Ley 1150 de 2007 suprimió como presupuesto sustancial para definir el régimen jurídico de los contratos suscritos por las entidades financieras de carácter estatal, la expresión que traía la Ley 80 de 1993 en el párrafo del artículo 32 (a propósito del giro ordinario de los negocios). Tal precisión, introducida en 2007, si bien permitió superar una discusión sustancial sobre el régimen del contrato estatal, ahora, por razón de lo señalado en el citado art 105 volvió a revivir, pero como un asunto procesal.

Al margen de lo anterior, el suscrito se pregunta si tal como lo ha enseñado la jurisprudencia del Consejo de Estado, la expresión giro ordinario de los negocios hace relación a las actividades o negocios realizados en cumplimiento del objeto social o de las funciones principales, como también todo aquello que es conexo con ellas; cómo considerar que los contratos que celebra el administrador fiduciario en el marco del contrato de fiducia y como titular el patrimonio autónomo, no hacen parte de ese giro ordinario. A decir la verdad, cuesta razonar una respuesta como la que se ofrece en la sentencia, en la medida que las obligaciones de los contratos celebrados por la fiduciaria recaen en el patrimonio autónomo, sin afectar el suyo propio, o bajo menciones según las cuales, el artículo 105 solo es aplicable frente a contratos en los que la entidad fiduciaria sea una “parte real”, como si existieran contratos con partes que no lo son, tales contratos no hacen parte de ese giro ordinario de la entidad fiduciaria.



Con tal razón se desconoce, entre otros aspectos, que justamente es la sociedad fiduciaria la que en calidad de vocera y representante del patrimonio autónomo, es la autorizada para celebrar los contratos requeridos para dar cumplimiento a la finalidad contratada, así como para ejercer la defensa de los bienes fideicomitidos (art. 1234 del C. Co); asuntos que se inscriben en el núcleo del giro ordinario de los negocios; de ahí que el ejercicio de interpretación normativa efectuado en la providencia objeto de reflexión resulte imperfecto.

Por ello, a juicio del suscrito, una interpretación como la realizada resulta insuficiente, pues rompe el criterio normativo que define la competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyo carácter unívoco no se debe afectar por haber quedado, tal determinación, contenida en dos artículos, el 104 y 105 del CPACA; así, es necesario señalar que, la pauta que identifica los asuntos que debe conocer esta jurisdicción sólo se completa al identificar los asuntos que quedaron separados de ésta, criterio de razón suficiente que impone abordar el análisis de la competencia de esta jurisdicción considerando ambas disposiciones, por ser contenedoras de una sola regla.

Así, conforme a la premisa legal que expresamente excluye del conocimiento de esta jurisdicción las controversias relativas a contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, es evidente que la hipótesis de exclusión se configura en el presente caso, pues (i) el contrato objeto del proceso arbitral fue celebrado por una fiduciaria; (ii) ésta es una entidad estatal, conforme a los criterios del artículo 104 del CPACA; y, (iii) de acuerdo con el artículo 3 del Decreto Ley 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero– “*son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias ...*” en cuyo numeral segundo determinó, que “[l]as sociedades de servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras”.

De este modo, como la interpretación del artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, se debe apoyar en los contenidos del artículo 104 del CPACA, e ineludiblemente en el artículo 105 ibidem, el medio de control judicial atinente al recurso extraordinario de anulación cuyo conflicto proviene de un contrato celebrado por una entidad Fiduciaria, a juicio del suscrito, no es de conocimiento de esta jurisdicción, ante la configuración de la hipótesis de exclusión ya referida; en esta línea, expreso mi voto de disenso, con la pretensión de que estas reflexiones pueden contribuir a delinear, bajo una interpretación integral, los contornos en que transita el recurso de anulación, en función de la competencias asignadas en la materia a esta Corporación

Fecha et supra,

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ
Salvamento de voto